Das Konkursverfahren

bei dem

Güterstand der allgemeinen und fortgesetzten Gütergemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

hohen juristischen Fakultät

der

Württembergischen Eberhard-Karls-Universität

zu

Tübingen

vorgelegt

von

K. A. Hans Barth

Rechtsanwalt in Leonberg

Das Konkursverfahren

bei dem

Güterstand der allgemeinen und fortgesetzten Gütergemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

einer

hohen juristischen Fakultät

der

Württembergischen Eberhard-Karls-Universität

zu

Tübingen

vorgelegt

von

K. A. Hans Barth

Rechtsanwalt in Leonberg

Berichterstatter: Professor Dr. Hegler

Rigorosum: 18. März 1931

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

1931

Druck der Buchdruckerei Treichel & Moser in Döffingen

Meinen Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548004_0046

Einleitung.

Die in Deutschland heute geltende Konkursordnung stammt aus dem Jahre 1872. Sie geht zurück auf den Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung, verfaßt von Karl Hagens für den Norddeutschen Bund im Jahre 1870. Dieser Entwurf wurde, nachdem durch Gesetz vom Jahre 1873 die Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung auf das gesamte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren ausgedehnt worden war, zur Grundlage für die neu zu schaffende Gemeinschuldordnung gemacht. In der Vorkommission wurde im wesentlichen nur der Name geändert. Das Gesetz sollte Konkursordnung heißen.

Nach Beratung des Gesetzentwurfs im Bundesrat im Jahre 1875 und in einer Kommission im Jahr 1876 nahm der Reichstag am 21. Dezember 1876 den Entwurf in dritter Lesung an.

Veröffentlicht wurde die Konkursordnung mit einem Einführungsgesetz am 10. Februar 1877 und trat am 1. Oktober 1879 mit den übrigen Justizgesetzen in Kraft.

Da jedoch im Deutschen Reich noch kein einheitliches ziviles Recht bestand, insbesondere eine ganze Reihe verschiedener ehelicher Güterrechte galten, konnte natürlich an eine spezielle Regelung des Konkursverfahrens betr. das eheliche Güterrecht nicht gedacht werden. Dies hat sich jedoch mit der Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches geändert. Die ursprünglich im Bürgerlichen Gesetzbuch selbst vorgesehene Regelung bezw. Änderung des Konkursverfahrens betr. das eheliche Güterrecht wurde jedoch einer Revision der Konkursordnung vorbehalten.

Es wurde auch sofort nach Fertigstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches die Konkursordnung, um sie mit diesem Gesetz und den Vorschriften der Zivilprozeßordnung in Einklang zu bringen, einer Revision unterzogen. Als Ergebnis dieser Revision wurde am 17. Mai 1898 das Gesetz betreffend Änderung der Konkursordnung mit einem eigenen Einführungsgesetz von demselben Tag veröffentlicht.

Gesetzeskraft hat die Novelle am 1. Januar 1900 zusammen mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch erlangt.

In dieser Novelle sind u. a. die §§ 2 und 236 der Konkursordnung neu eingeführt worden, welche die Grundlage für die vorliegende Arbeit bilden.

In folgendem soll klargestellt werden, welche Besonderheiten für das Konkursverfahren beim Güterstand der allgemeinen und fortgesetzten Gütergemeinschaft gelten.

Bevor an die eigentliche Frage des Konkursverfahrens selbst herangetreten wird, ist jeweils kurz eine Übersicht über die Regelung der allgemeinen und fortgesetzten Gütergemeinschaft selbst, ihrer Vermögensmassen und vor allem der Haftung dieser Vermögensmassen für die Schulden der Ehegatten zu geben, die nur die Bedeutung einer kurzen Zusammenfassung haben soll.

Erster Teil

Das Konkursverfahren bei allgemeiner Gütergemeinschaft

§ 1

Die Regelung der Allgemeinen Gütergemeinschaft im Bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Allgemeines.

Neben dem gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung ist im Bürgerlichen Gesetzbuch eine eingehende Regelung des Güterstandes der allgemeinen Gütergemeinschaft, die früher vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches in einigen Teilen Deutschlands kraft Gesetzes galt, vorgenommen worden. Nach heutigem Recht tritt die allgemeine Gütergemeinschaft nur noch kraft Ehevertrags ein. Es finden dann, soweit die Ehegatten nichts Besonderes vereinbaren, die im Gesetz niedergelegten Vorschriften Anwendung.

Wie schon der Name sagt, soll durch die Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft ein Zustand möglichst inniger Lebensgemeinschaft nicht nur ideell, sondern auch materiell geschaffen werden. An allem, was ein Ehegatte hat, soll der andere auch Anteil haben.

II. Die Gütermassen.

1. Das Gesamtgut.

Durch die allgemeine Gütergemeinschaft wird das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau und ebenso das, was beide Ehegatten während der Ehe erwerben, gemeinschaftliches Vermögen beider Ehegatten — Gesamtgut § 1438 B.G.B. —, ohne daß es einer Übertragung durch Rechtsgeschäft bedarf. Gleichgültig ist es, ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Gegenstände handelt. Bei unbeweglichen bedarf es auch keiner Eintragung im Grundbuch; vielmehr hat der andere Ehegatte unmittelbar einen Berichtigungsanspruch des unrichtig gewordenen Grundbuchs. Der Grundsatz, daß alles Vermögen der Ehegatten Gesamtgut werden soll, ergibt sich schon aus der Fassung des § 1438 B.G.B. Außerdem ist der dahingleitende Wille des Gesetzgebers in den Motiven[1] deutlich zum Ausdruck gekommen.

2. Das Sondergut.

Neben dem Gesamtgut können aber die Ehegatten, sowohl der Mann als die Frau, noch eigenes Vermögen haben. Das steht nicht in Widerspruch dazu, daß die Gütergemeinschaft eine allgemeine ist. Das Eigenvermögen eines Ehegatten bildet die Ausnahme. Das Gesetz selbst macht eine solche, indem es bestimmt, daß die Gegenstände, welche durch Rechtsgeschäft nicht über-

[1] S. Mot. IV, S. 335.

tragen werden können, vom Gesamtgut ausgeschlossen sein sollen. Diese Gegenstände werden Sondergut[2] des Ehegatten, dem sie vorher gehört haben, soweit sie nicht zu seinem Vorbehaltsgut gehören. Das Sondergut bleibt Alleineigentum jedes Ehegatten. Die Surrogate für das Sondergut werden, soweit sie durch Rechtsgeschäft nicht übertragbar sind, wieder Sondergut. Bestehen sie jedoch aus übertragbaren Gegenständen, so werden sie Gesamtgut, da der Grund für die Sondergutseigenschaft weggefallen ist.[3] Die Nutzungen des Sonderguts beider Ehegatten werden Gesamtgut, § 1439 S. 2, vgl. § 1525, B.G.B. wie umgekehrt auch die Lasten der beiden Sondergüter vom Gesamtgut getragen werden, § 1439 S. 2, vgl. § 1529 Abs. 2 B.G.B.

3. Vorbehaltsgut.

Neben dem Sondergut kann jeder Ehegatte, Mann und Frau, noch Vorbehaltsgut haben, § 1440 B.G.B. Zu diesem gehört alles, was ausdrücklich durch Ehevertrag für Vorbehaltsgut eines Gatten erklärt ist. Außerdem gehört dazu das, was ein Ehegatte durch Erbfolge, Vermächtnis oder Pflichtteil erwirbt, oder was ihm unter Lebenden von einem Dritten unentgeltlich zugewendet wird, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß der Erwerb Vorbehaltsgut sein soll; § 1440 Abs. 2, vgl. 1369 B.G.B. Alle Surrogate von Vorbehaltsgut werden wieder Vorbehaltsgut, § 1370 vgl. 1440 Abs. 2 B.G.B.

III. Die Stellung des Mannes.

In Ansehung seines Vorbehaltsgutes wird der Mann behandelt, wie wenn er nicht verheiratet wäre. Er verwaltet es nach freiem Ermessen. Sein Verfügungsrecht darüber unterliegt keinerlei Beschränkung. Die Nutzungen, die er aus dem Vorbehaltsgut zieht, werden wieder Vorbehaltsgut. Die Lasten fallen auch dem Vorbehaltsgut zur Last. Soweit der Mann Vorbehaltsgut in das Gesamtgut verwendet oder umgekehrt, entsteht ein Ausgleichungsanspruch, § 1466 B.G.B. Ebenso frei ist der Mann in der Verwaltung seines Sondergutes. Eine Verfügung darüber ist allerdings ausgeschlossen, da das Sondergut aus nicht übertragbaren Gegenständen besteht. Er verwaltet es jedoch für Rechnung des Gesamtguts. Die Nutzungen werden Gesamtgut. Die Lasten trägt ebenfalls das Gesamtgut im gewissen Umfang[4]. Auch das Sondergut der Frau hat der Mann in Besitz und Verwaltung. Auch dieses verwaltet er für Rechnung des Gesamtgutes wie sein eigenes. Bei der Verwaltung des Sondergutes der Frau ist er jedoch an die Vorschriften gebunden, die das Gesetz für die Verwaltung des eingebrachten Gutes bei der Errungenschaftsgemeinschaft gibt[5] bzw., auf Grund Verweisung[6], an die beim gesetzlichen Güterstand für das eingebrachte Gut der Frau geltenden Vorschriften. Neben diesen Gütermassen hat der Mann

---

[2] § 1439, S. 1 B.G.B.
[3] Prot. IV, S. 237.
[4] § 1439, S. 2 mit § 1529 Abs. 2.
[5] § 1439 mit § 1525 Abs. 2.
[6] § 1525 Abs. 2 vgl. mit §§ 1373—1383, §§ 1390—1417 B.G.B.

noch den Besitz und die Verwaltung des Gesamtgutes. Er ist berechtigt, das Gesamtgut nach eigenem Gutdünken zu verwalten und darüber zu verfügen, ohne daß er der Frau für seine Verwaltung Rechenschaft schuldig wäre. Wenn er jedoch die Verminderung des Gesamtguts in der Absicht, die Frau zu benachteiligen, oder durch Rechtsgeschäft, das er ohne die erforderliche Zustimmung der Frau (s. u.) vornimmt, herbeiführt, so hat er dafür Ersatz zu dem Gesamtgut zu leisten, § 1456 B.G.B. Der Mann kann für das Gesamtgut Rechte erwerben, sowohl in eigenem Namen, da alles, was er erwirbt, durch seine Person hindurchgehend Gesamtgut wird, als auch im Namen der gesamten Hand unmittelbar, wenn er Vollmacht der Frau hat[7]. Einseitige Rechtsgeschäfte, die für und gegen das Gesamtgut Wirksamkeit haben sollen, müssen dem Mann gegenüber vorgenommen werden[8]. Auch hat nur der Mann das Recht, durch Rechtsgeschäft das Gesamtgut zu verpflichten und über Gesamtgutsgegenstände zu verfügen, und zwar im eigenen Namen. Ein Verpflichtungsvertrag seinerseits wirkt nicht nur gegen das Gesamtgut, sondern auch gegen ihn persönlich. Die Frau persönlich verpflichten kann der Mann nur, wenn er Vollmacht dazu hat oder die Frau das Auftreten in ihrem Namen genehmigt. Das Verfügungsrecht des Mannes ist jedoch nicht ganz unumschränkt. Zum Schutze der Frau schreibt das Gesetz vor, daß der Mann bei einem Rechtsgeschäft, durch das er sich zu einer Verfügung über das Gesamtgut im ganzen verpflichtet, sowie zu einer Verfügung über das Gesamtgut, durch die eine ohne Zustimmung der Frau eingegangene Verpflichtung dieser Art erfüllt werden soll, an die Einwilligung der Frau gebunden ist, § 1444. Weiter bedarf der Mann der Einwilligung der Frau zur Verfügung über ein zu dem Gesamtgut gehöriges Grundstück, sowie zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung, § 1545. Endlich darf der Mann nur mit der Einwilligung der Frau Schenkungen aus dem Gesamtgut und Verfügungen darüber, durch welche das ohne Zustimmung der Frau erteilte Versprechen zu einer solchen Schenkung erfüllt werden soll, vornehmen und Schenkungsversprechen, die sich nicht auf das Gesamtgut beziehen, abgeben. Der Zustimmung bedarf er jedoch nicht bei Pflichtschenkungen, § 1446 B.G.B. Fehlt in diesen Fällen die Einwilligung der Frau, so kann der Mangel, außer bei einseitigen Rechtsgeschäften, die gemäß § 1448 Abs. 1 vgl. § 1398 B.G.B. unwirksam sind, durch Genehmigung der Frau geheilt werden. Der Vertrag gilt dann als von Anfang an wirksam. Während des Schwebezustandes hat der Vertragsgegner ein Widerrufsrecht, wenn er nicht gewußt hat, daß der Mann in allgemeiner Gütergemeinschaft lebt, oder bei Kenntnis davon, wenn der Mann wahrheitswidrig die Zustimmung der Frau behauptet hat, der Dritte jedoch die Unwahrheit nicht kannte, § 1448 Abs. 1 vgl. mit § 1396 Abs. 1 und 3 und § 1397. Verweigert die Frau die Genehmigung, so ist das Geschäft von Anfang an unwirksam. Unwirksam ist nicht nur die Verfügung, sondern auch der obligatorische Vertrag. Der Mann wird durch ein solches Geschäft auch nicht persönlich verpflichtet. Sowohl er als die Frau (§ 1449)

[7] S. Kipp-Wolff, Familienrecht § 62 III.
[8] Staudinger 5c zu § 1443

können auf Rückgabe des auf Grund des unwirksamen Geschäfts Geleisteten klagen. Der Dritte hat keine Retentionseinrede bis zur Zurückerstattung der Bereicherung[9]. Erfährt durch eine solche unwirksame Verfügung des Mannes das Gesamtgut eine Bereicherung, so ist es ohne rechtlichen Grund bereichert. Der Dritte hat dann gegen das Gesamtgut einen Bereicherungsanspruch, § 1455 B.G.B. Wenn der Mann durch ein solches Rechtsgeschäft einem Dritten betrügerischerweise Schaden zufügt, so haftet er aus unerlaubter Handlung für den Schaden. Da gemäß § 1459 Abs. 1 alle Schulden des Mannes Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, so wird dadurch auch das Gesamtgut verpflichtet[10].

Sind jedoch Geschäfte nach §§ 1444, 1445 B.G.B. zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Gesamtguts erforderlich, so kann, wenn die Frau ohne ausreichenden Grund ihre Zustimmung versagt, diese durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, § 1447 B.G.B.

Prozesse in Ansehung des Gesamtgutes in eigenem Namen zu führen, ist der Mann legitimiert, § 1443 Satz 2. Das gegen ihn ergangene Urteil wirkt für und gegen das Gesamtgut und insoweit auch für und gegen die Frau.

IV. Die Stellung der Frau im Allgemeinen.

1. Ihr Vorbehaltsgut verwaltet die Frau selbständig; sie kann darüber frei verfügen. Insoweit wird sie behandelt, wie wenn Gütertrennung vereinbart wäre. Sie hat jedoch, falls die in das Gesamtgut fallenden Einkünfte dazu nicht ausreichen, die Pflicht einer Beitragsleistung für Bestreitung des ehelichen Aufwandes, § 1441.

2. Das Sondergut der Frau verwaltet der Mann (s. o.).

3. In Ansehung des Gesamtgutes hat die Frau grundsätzlich kein Verwaltungs- und Verfügungsrecht. Sie hat auch kein Recht zum unmittelbaren Besitz. Eine Einwirkung auf Gesamtgutsachen ist ihr versagt. Sie kann die gesamte Hand nicht durch Rechtsgeschäfte verpflichten, sie kann auch keine einseitigen Rechtsgeschäfte entgegennehmen. Ein Prozeßführungsrecht zur Führung von Aktivprozessen, welche das Gesamtgut betreffen, hat sie nicht[11]. Eine Verfügung über das Gesamtgut ihrerseits ist jedoch einem gutgläubigen Dritten gegenüber wirksam, wenn der Gegenstand als Vorbehaltsgut im Güterrechtsregister eingetragen ist, oder wenn Gütertrennung eingetragen ist; § 1435 B.G.B. Mit Zustimmung des Mannes kann sie die Rechte, welche ihm selbst zustehen, ausüben, vgl. § 1460 B.G.B. Nimmt die Frau obligatorische Rechtsgeschäfte, zu welchen sie der Zustimmung des Mannes bedarf, ohne diese Zustimmung vor, so wird sie dadurch persönlich verpflichtet, nicht aber das Gesamtgut[12].

[9] Staudinger 3 zu § 1448, 4 zu § 1449, 2 zu § 1455.

[10] Staudinger 3 zu § 1448.

[11] Betr. auf das Gesamtgut sich beziehende Passivprozesse, kann, wenn sie persönliche Schuldnerin ist, Klage auch gegen sie erhoben werden, auch wenn sie es nicht ist, Klage gegen sie auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut; zur Vollstreckung in letzteres ist aber Verurteilung des Mannes zur Leistung nötig. S. Staudinger 5d, η zu § 1443 und dort. Zit.

[12] Staudinger 4d zu § 1443.

Der Grundsatz, daß die Frau ganz von der Einwirkung auf das Gesamtgut ausgeschlossen sein soll, ist nun aber mehrfach durchbrochen. Nach der ganz allgemeinen Regel des § 1357 B.G.B., welche ohne Rücksicht darauf, in welchem Güterstand die Ehegatten leben, gilt[13], ist die Frau berechtigt, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten. Rechtsgeschäfte, die sie innerhalb dieses Wirkungskreises vornimmt, gelten als im Namen des Mannes vorgenommen, wenn nicht aus den Umständen sich ein Anderes ergibt. Wie groß der Kreis der unter den Begriff der sogenannten „Schlüsselgewalt" fallenden Geschäfte ist, läßt sich nur im konkreten Fall feststellen. Beim Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft wird durch die Vornahme eines solchen Geschäfts das Gesamtgut und der Mann persönlich verpflichtet, eine persönliche Verpflichtung der Frau entsteht nur dann, wenn sie das Geschäft ausdrücklich im eigenen Namen vornimmt, oder wenn sich diese Absicht zweifelsfrei aus den Umständen ergibt[14].

Außerdem sind der Frau in Ausnahmefällen Verwaltungsakte gestattet:

a) In „Eilfällen", wie Cosack sagt, d. h. wenn Gefahr im Verzug ist und der Mann durch Krankheit oder Abwesenheit daran verhindert ist, seine Rechte wahrzunehmen, hat die Frau das Recht, das Gesamtgut betreffende Rechtsgeschäfte vorzunehmen und Prozesse zu führen; § 1450 B.G.B. Dabei kann sie sowohl im Namen des Mannes wie in eigenem Namen handeln. Tritt sie im Namen des Mannes auf, so wird der Mann persönlich und dadurch auch das Gesamtgut verpflichtet; dagegen entsteht für sie selbst keine persönliche Verpflichtung. Handelt sie jedoch in eigenem Namen, so wird sie persönlich und das Gesamtgut, § 1460 Abs. 1 B.G.B. und gemäß § 1459 Abs. 2 Satz 1 B.G.B. auch der Mann persönlich verpflichtet[15].

b) Wenn der Mann über ein Gesamtgutsrecht, z. B. ein Grundstück ohne die erforderliche Zustimmung der Frau verfügt, hat sie ein Revokationsrecht, § 1449 B.G.B. Dieses Recht kann sie ohne Mitwirkung des Mannes gegen Dritte gerichtlich geltend machen[16].

c) Wenn ein Rechtsgeschäft zur ordnungsmäßigen Besorgung der rein persönlichen Angelegenheiten der Frau nötig ist, so kann die erforderliche Zustimmung des Mannes durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden, wenn der Mann seine Zustimmung ohne ausreichenden Grund verweigert. Das Geschäft wird dann behandelt, wie wenn der Mann seine Zustimmung, erteilt hätte, § 1451 B.G.B.

d) Bei gewissen Rechtshandlungen achtet das Gesetz den persönlichen Willen der Frau und gestattet ihr, diese unabhängig von der Zustimmung ihres Mannes vorzunehmen. Sie kann eine ihr angefallene Erbschaft oder ein ihr angefallenes Vermächtnis selbständig annehmen oder ausschlagen, nur sie ist dazu berechtigt, die Zustimmung des Mannes ist nicht erforderlich.

[13] Auch für den Güterstand der allg. Gütergemeinschaft, s. Staudinger 4b zu § 1443.

[14] Staudinger 3b, β — s. auch γ — zu § 1357.

[15] S. Staudinger 3 zu § 1450.

[16] S. Staudinger 2, 3 zu § 1449.

Das gleiche gilt von dem Verzicht auf den Pflichtteil, sowie von der Ablehnung eines ihr gemachten Vertragsantrags oder einer Schenkung, § 1453 Abs. 1 B.G.B.[17]

Zur Errichtung eines Inventars durch die Frau über eine ihr angefallene Erbschaft bedarf sie nicht der Zustimmung des Mannes, § 1453 Abs. 2 B.G.B.

e) Zur Fortsetzung eines beim Eintritt der Gütergemeinschaft schon anhängigen Rechtsstreites ist die Frau auch ohne Zustimmung des Mannes berechtigt, § 1454 B.G.B. Ein in einem solchen Prozeß erganges Urteil ist, auch wenn der Mann nicht zugestimmt hat, gegenüber dem Gesamtgut wirksam. Zur Vollstreckung in das Gesamtgut ist jedoch eine gemäß §§ 742 Abs. 2, 727, 730—732 ZPO. ausgestellte vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erforderlich.

Außer diesen besonderen Rechten hat die Frau noch selbständige Befugnisse, nämlich: die Frau kann gemäß § 1468 B.G.B. auf Aufhebung der Gütergemeinschaft klagen,

1. wenn der Mann ein der Zustimmung der Frau bedürftiges Rechtsgeschäft ohne diese Zustimmung vorgenommen hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung der Frau zu besorgen ist;

2. wenn der Mann das Gesamtgut in der Absicht, die Frau zu benachteiligen, vermindert hat;

3. wenn der Mann seine Verpflichtung, der Frau und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen Unterhalt zu gewähren, verletzt hat und für die Zukunft eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts zu besorgen ist;

4. wenn der Mann wegen Verschwendung entmündigt ist oder wenn er das Gesamtgut durch Verschwendung erheblich gefährdet;

5. wenn das Gesamtgut infolge von Verbindlichkeiten, die in der Person des Mannes entstanden sind, in solchem Maße überschuldet ist, daß ein späterer Erwerb der Frau erheblich gefährdet wird. Ein Verschulden des Mannes ist dabei nicht erforderlich[18][19].

---

[17] Die aus Rechtsgeschäften der in § 1453 Abs. 1 B.G.B. erwähnten Art entstehenden Verbindlichkeiten der Frau sind, auch wenn der Mann dem Erwerb nicht zustimmte, Gesamtgutsverbindlichkeiten, für die auch der Mann persönlich haftet. (§§ 1459, 1460 Abs. 1 B.G.B., s. Staudinger 2 zu § 1453). Der Mann ist aber dadurch geschützt, daß er unabhängig von der Frau zur Vornahme der Maßregeln befugt ist, welche die Haftung der Frau auf den Nachlaß beschränken. Nach § 218 KO. kann er die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen, ohne an die Zustimmung der Frau gebunden zu sein, nach § 999 ZPO. das Aufgebot zwecks Ausschließung der Nachlaßgläubiger ohne Zustimmung der Frau beantragen, nach § 2008 Abs. 1 B.G.B. ist die Bestimmung der Inventarfrist nur wirksam, wenn sie auch dem Mann gegenüber erfolgt, die Errichtung des Inventars durch den Mann kommt der Frau zustatten, s. Staudinger 4 zu § 1435, 2a-α zu § 1406.

[18] Dasselbe Recht hat übrigens auch der Mann, wenn das Gesamtgut infolge von Verbindlichkeiten der Frau, die im Verhältnis der Ehegatten zueinander nicht dem Gesamtgut zur Last fallen, in solchem Maß überschuldet ist, daß ein späterer Erwerb des Mannes erheblich gefährdet wird; § 1469 B.G.B.

[19] Ob die Aufhebung der Gütergemeinschaft durch einstweilige Verfügung geschehen kann, ist bestritten; bejahend bes. Staudinger 5c zu § 1468.

V. Die Erwerbsfrau insbesondere.

Betreibt die Frau selbständig ein Erwerbsgeschäft[20], zu welchem Betrieb der Mann seine Zustimmung erteilt hat oder den er wissentlich duldet, so ist sie bei solchen Rechtsgeschäften und Rechtsstreitigkeiten, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, nicht an die Zustimmung des Mannes gebunden, § 1452 vgl. mit § 1405 B.G.B. Einseitige Rechtsgeschäfte sind, soweit sie das Erwerbsgeschäft betreffen, der Frau gegenüber vorzunehmen, § 1405 Abs. 1 Satz 2 vgl. mit § 1452 B.G.B. Das Erwerbsgeschäft kann sowohl zum Gesamtgut, als zum Sondergut, als auch zum Vorbehaltsgut der Frau gehören. Der Neuerwerb fällt in den beiden ersteren Fällen in das Gesamtgut, während er im letzteren Fall kraft Surrogation Vorbehaltsgut wird. Wie weit der Mann die Befugnisse der Frau bei Erteilung der Einwilligung beschränken kann, ist bestritten, eine Beschränkung ist wohl zulässig, jedoch ist diese nur wirksam im Innenverhältnis, nicht auch Dritten gegenüber[21]. Die Einwilligung kann der Mann jederzeit widerrufen und auch jederzeit gegen das ohne seine Zustimmung begonnene Geschäft Einspruch erheben; s. aber § 1405 Abs. 3 vgl. mit § 1435 B.G.B. Innerhalb des Erwerbsgeschäfts, soweit es dessen Betrieb mit sich bringt, kann die Frau über ihr Sondervermögen und über das Gesamtgut verfügen. Das Gesetz hat der Erwerbsfrau in der Verfügungsmacht über das Gesamtgut nicht einmal ausdrücklich die Schranken gesetzt, an die der Mann bei seiner Verwaltung des Gesamtguts gebunden ist (§§ 1444 bis 1446 B.G.B). Jedoch nimmt die Literatur z. T. an, daß auch die Frau an diese Grenzen gebunden ist[22]. Wohl mit Recht, denn es hätte doch keinen Sinn, der gewerbetreibenden Ehefrau mehr Rechte einzuräumen, als dem gewerbetreibenden Ehemann. Die Verbindlichkeiten, welche die Frau im Rahmen ihres Geschäftsbetriebs eingeht, verpflichten die Frau persönlich und auch das Gesamtgut (s. § 1460 Abs. 1 B.G.B.) und daher gemäß § 1459 Abs. 2 Satz 1 auch den Mann persönlich, selbst dann, wenn er einem einzelnen Geschäft widersprochen hat. Denn gegen ein einzelnes Rechtsgeschäft kann er seinen Widerspruch nicht geltend machen, jedenfalls nicht dem Dritten gegenüber. Er kann nur gegen das Erwerbsgeschäft als Ganzes sich wehren; und auch hier wirkt der Widerruf nur für die Zukunft[23]. Zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut genügt, wenn die Frau aus einem Rechtsgeschäft im Rahmen ihres Erwerbsgeschäfts verklagt wird, ein gegen die Frau ergangenes vollstreckbares Urteil, § 741 – Ausnahmen siehe daselbst — vgl. auch § 774 ZPO. (Widerspruchsrecht des Mannes, wenn das gegen die Ehefrau ergangene Urteil in Ansehung des Gesamtgutes ihm gegenüber unwirksam ist).

§ 2.

Die Schuldenhaftung speziell.

Bei der Schuldenhaftung ist vor allem zu unterscheiden, die Schulden-

[20] S. dazu Wieruszowski Eherecht Band 2 S. 252 ff., Staudinger 3 zu § 1367.
[21] S. Mot. IV, S. 242, Staudinger 2b δ zu § 1405.
[22] S. zu der Frage Staudinger § 1452 Anmerk. 1 Abs. 2, der selbst dies verneint, im Gegensatz zu den dort. Zit.
[23] Vgl. Staudinger 3 zu § 1405, 5d zu § 1405.

haftung dritten Gläubigern gegenüber und die Schuldenhaftung im Innenverhältnis.

I. Die Schuldenhaftung im Verhältnis zu den Gläubigern.

Hier sind zu unterscheiden:

1. Gesamtgutsverbindlichkeiten.

Das sind diejenigen Verbindlichkeiten des einen oder andern Ehegatten oder beider, wegen derer die Gläubiger ohne Rücksicht darauf, ob die Verbindlichkeiten im Verhältnis der Ehegatten zueinander dem Gesamtgut zur Last fallen oder nicht, Befriedigung aus dem Gesamtgut verlangen können [24].

Zu den Gesamtgutsverbindlichkeiten gehören grundsätzlich alle Schulden des Mannes. Dabei ist es ganz gleichgültig, ob sie vor oder nach Eingehung der Ehe oder vor oder nach Eingehung der allgemeinen Gütergemeinschaft entstanden sind und auf welchem Rechtsgrund sie beruhen, ob sie Rechtsgeschäfts- oder Delikts- oder sonstige (ex lege-) Schulden sind, § 1459 Abs. 1 B.G.B. Von diesem Grundsatz findet nur dann eine Ausnahme statt, wenn bei einem Geschäft der Mann ausdrücklich die Haftung des Gesamtguts ausgeschlossen und die Beschränkung der Haftung auf sein Sondervermögen (Sondergut und Vorbehaltsgut) vereinbart hat. Diese Vereinbarung muß mit dem Gläubiger getroffen werden; eine (generelle) Vereinbarung unter den Ehegatten über Haftungsbeschränkung gegenüber den Gläubigern abweichend von §§ 1459 ff. B.G.B. ist nichtig [25]. Von den Schulden der Frau gehören zu den Gesamtgutsverbindlichkeiten alle Schulden der Frau, welche *vor* Eintritt der allgemeinen Gütergemeinschaft entstanden sind. Für die *während* des Bestehens der allgemeinen Gütergemeinschaft entstandenen Schulden der Frau haftet das Gesamtgut grundsätzlich ebenfalls, s. § 1459 Abs. 1 B.G.B. Aber hievon bestehen einschneidende Ausnahmen. Insbesondere dann, wenn sie aus Rechtsgeschäften herrühren, die nach Eintritt der Gütergemeinschaft vorgenommen sind, haftet das Gesamtgut nur dann für sie, wenn der Mann seine Zustimmung zu dem Rechtsgeschäft erteilt hat oder dies auch ohne diese Zustimmung für das Gesamtgut wirksam ist, § 1460 Abs. 1 B.G.B. Weitere Ausnahmen bestehen hinsichtlich gewisser mit dem Vorbehaltsgut der Frau zusammenhängender Verbindlichkeiten, s. § 1461 u. 1462 B.G.B. [26].

Im einzelnen ist folgendes zu bemerken. Wenn das Gesamtgut durch eine Rechtshandlung der Frau bereichert ist, für welche es an und für sich nicht haften würde, so haftet es in Höhe der ungerechtfertigten Bereicherung nach den Grundsätzen der §§ 812 ff. B.G.B., § 1455 B.G.B. Alle Schulden der Frau, die im Rahmen eines mit Zustimmung des Mannes betriebenen

---

[24] S. zu dieser Definition Staudinger 4a zu § 1459 gegen Kipp-Wolff § 64, I und III.

[25] Vgl. Staudinger 8 zu § 1459. A. A. Opet-Blume 11 zu § 1459.

[26] Bei Vorhandensein von *Sondergut* der Frau kommen hiezu die Fälle, die sich aus entsprechender Anwendung der §§ 1530—34 vgl. mit 1439 ergeben, s. Staudinger 3d, zu § 1439 (betr. gewisse mit dem *Sondergut* der Frau zusammenhängende Verbindlichkeiten).

Erwerbsgeschäfts entstanden sind, sind Gesamtgutsverbindlichkeiten (§§ 1452, 1405, 1460 Abs. 1 B.G.B.). Für die Kosten eines Rechtsstreites der Frau haftet das Gesamtgut auch dann, wenn das Urteil dem Gesamtgut gegenüber unwirksam ist, § 1460 Abs. 2 B.G.B. Alle Deliktsschulden und alle gesetzlichen Verpflichtungen (z. B. Unterhaltsschulden) der Frau, die während des Bestehens der allgemeinen Gütergemeinschaft entstanden sind, sind Gesamtgutsverbindlichkeiten; selbst dann ist die Verpflichtung der Frau zum Schadenersatz auf Grund der §§ 833 – 838 B.G.B. Gesamtgutsverbindlichkeit, wenn der betreffende Gegenstand zum Vorbehaltsgut der Frau gehört[27].

Die Gesamthandsschulden entstehen jedoch nur als „angelehnte" Schulden[28]. Eine „selbständige"[29] Gesamthandsschuld, die unabhängig von der persönlichen Haftung eines oder beider Ehegatten entsteht, und für die nur das Gesamtgut haftet, ist bloß dann denkbar und möglich, wenn beide Ehegatten oder einer mit Vollmacht des andern ein Rechtsgeschäft abschließt und dabei die Haftungsbeschränkung auf das Gesamtgut vereinbart wird[30]. Auch in diesem Fall ist aber Schuldner nicht „das Gesamtgut"[31]. Um aus dem Gesamtgut Befriedigung erlangen zu können, müssen die Gesamtgutsgläubiger einen gegen den Mann lautenden vollstreckbaren Titel haben. Ein solcher ist erforderlich und genügend, § 740 ZPO. Hört die allgemeine Gütergemeinschaft nach Beendigung eines Rechtsstreits des Ehemanns auf, so ist zur Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut eine gemäß §§ 727, 730—32 ZPO. erteilte vollstreckbare Ausfertigung des Urteils erforderlich.

2. Persönliche Schulden des Mannes.

Mit seinem Sondergut und Vorbehaltsgut haftet der Mann grundsätzlich für alle Schulden, welche in seiner Person entstanden sind, gleichgültig wann sie entstanden sind und auf welchem Rechtsgrund sie beruhen. Selbstverständlich haftet er auch dann persönlich mit diesem, wenn die Frau Rechtsgeschäfte in seinem Namen vorgenommen hat und sie dazu berechtigt war. Daneben haftet der Mann aber auch persönlich mit seinem Sondergut und Vorbehaltsgut gemäß § 1459 Abs. 2 B.G.B. für alle Schulden der Frau, welche Gesamtgutsverbindlichkeiten sind. Die persönliche Haftung des Mannes erlischt jedoch mit der Beendigung der Gütergemeinschaft, wenn die Verbindlichkeiten im Verhältnis der Ehegatten zueinander der Frau zur Last fallen, § 1459 Abs. 3, 2.

3. Persönliche Schulden der Frau.

Da durch die Eingehung der Ehe die Frau in ihrer Geschäftsfähigkeit keineswegs beschränkt wird, kann sie auch während der Ehe beliebig Schulden

[27] S. Staudinger 1a zu § 1462.
[28] Ausdruck von Kipp-Wolff § 64 III.
[29] S. ebendaselbst.
[30] S. Staudinger 8 zu § 1459.
[31] S. Staudinger 8 zu § 1459 gegen Kipp-Wolff § 64 I und III, s. Anm. 24. Das oben S. 13 bei Anm. 25 Gesagte gilt auch hier entsprechend, s. dort. Zit.

begründen. Für alle in ihrer Person entstandenen Schulden haftet sie persönlich. Für ihre Schulden haftet also vor allem ihr Vorbehaltsgut. Inwieweit das Gesamtgut, an dem die Frau auch zur Hälfte beteiligt ist, haftet, ist oben unter Ziffer 1 dargelegt worden. Für die Haftung des Sonderguts der Frau, welches auch ihr persönliches Eigentum bleibt, sind gemäß § 1439 vgl. § 1525 Abs. 2 B.G.B. die Grundsätze, welche für das eingebrachte Gut der Frau beim gesetzlichen Güterstand gelten, maßgebend. Bei einem Vergleich der für anwendbar erklärten §§ 1412– 1414 B.G.B. mit den für die Haftung des Gesamtguts für die Schulden der Frau maßgebenden Vorschriften der §§ 1460– –1462 ergibt sich, daß das Sondergut der Frau genau für dieselben Schulden der Frau nicht haftet, wie das Gesamtgut nach § 1460 – 1462 B.G.B. Insoweit kann auch auf das oben unter Ziff. 1 Ausgeführte Bezug genommen werden.

II. Die Schuldenhaftung im Innenverhältnis.

1. Ansprüche zwischen einem Ehegatten, (dessen Sondervermögen) und dem Gesamtgut oder zwischen dem einen und dem anderen Ehegatten (bezüglich deren Sondervermögen). Grundsätzlich ruhen nach § 1467 B.G.B. diese Ansprüche und Verbindlichkeiten bis zur Beendigung der Gütergemeinschaft, aber hievon bestehen einschneidende Ausnahmen. Im einzelenen gilt folgendes: Ersatzansprüche seines Vorbehalts- oder Sonderguts[32] gegen das Gesamtgut (s. § 1466 Abs. 2 B.G.B.)[33] kann der Mann erst nach der Beendigung der Gütergemeinschaft geltend machen, § 1467 Abs. 2 B.G.B. Umgekehrt hat er auch, wenn (vgl. § 1466 Abs. 1 B.G.B.) eine Forderung des Gesamtguts gegen sein Sondervermögen (Vorbehalts- oder Sondergut) besteht[34], diese erst nach der Beendigung der Gütergemeinschaft zu erfüllen, § 1467 Abs. 1 B.G.B. Hat dagegen die Frau[35] einen zu ihrem Vorbehaltsgut gehörigen Ausgleichungsanspruch gegen das Gesamtgut oder einen zu ihrem Vorbehalts- oder Sondergut[36] gehörigen Anspruch gegen das Vorbehaltsgut oder Sondergut[37] des Mannes, so kann die Frau dessen Erfüllung sofort verlangen, wie sie auch eine Ausgleichungsschuld an das Gesamtgut oder an das Vorbehaltsgut oder Sondergut[38] des Mannes, soweit ihr Vorbehaltsgut oder Sondergut[39] dazu ausreicht — freilich nur

[32] S. Staudinger 3a zu § 1467.

[33] Ersatzansprüche eines Ehegatten wegen Berichtigung von Gesamtgutsverbindlichkeiten bestehen nur, wenn die aus dem Sondervermögen eines Gatten getilgte Gesamtgutsverbindlichkeit im Verhältnis der Gatten zueinander (s. u. Z. 2) dem Gesamtgut zur Last fällt, s. Staudinger 1a, α zu § 1463.

[34] Ersatzansprüche gegen einen Gatten wegen Tilgung von Gesamtgutsverbindlichkeiten bestehen, wenn die aus Gesamtgut getilgte Gesamtgutsverbindlichkeit im Verhältnis der Gatten zueinander (s. u. Z. 2) nicht dem Gesamtgut, sondern einem der Gatten zur Last fällt. S. Staudinger 1b, α zu § 1463.

[35] S. Staudinger 4 zu § 1466.

[36] S. Staudinger 2c, 3c zu § 1467.

[37] S. Staudinger 3c zu § 1467.

[38] S. Staudinger 2d zu § 1467.

[39] S. Staudinger 2b, d zu § 1467, 3h zu § 1439. Vgl. §§ 1439, 1541 B.G.B.

insoweit sofort zu erfüllen hat, § 1467 Abs. 1, 2. Halbsatz. Gehört dagegen der Ausgleichungsanspruch der Frau gegen das Gesamtgut zu dem Sondergut der Frau, so ist die Berichtigung erst nach Beendigung der Gütergemeinschaft vorzunehmen, § 1394 vgl. §§ 1439, 1525 Abs. 2 B.G.B.[40].

2. Das Verhältnis der Gatten zueinander hinsichtlich der Gesamtgutsverbindlichkeiten. Grundsätzlich ist jede Gesamtgutsverbindlichkeit auch Gesamtgutslast, d. h. sie fällt auch im Verhältnis der Gatten zueinander dem Gesamtgut zur Last[41]. Von diesem Grundsatz hat das Gesetz aber Ausnahmen zugelassen[42]. Im Verhältnis der Ehegatten zueinander fallen nach § 1463 dem Ehegatten, in dessen Person sie entstanden sind, an Gesamtgutsverbindlichkeiten zur Last: alle Schulden aus unerlaubter Handlung, die er nach Eintritt der Gütergemeinschaft beging, und alle Schulden aus einem Strafverfahren, das wegen einer solchen Handlung gegen ihn gerichtet war; außerdem die Verbindlichkeiten aus einem sich auf sein Vorbehaltsgut beziehenden Rechtsverhältnisse, gleichgültig wann sie entstanden sind, und die Kosten eines Rechtsstreits über die eben bezeichneten Verbindlichkeiten. Die Kosten eines Rechtsstreites zwischen den Ehegatten fallen insoweit der Frau zur Last, als sie nach Gesetz oder Vereinbarung der Parteien zu ihrer Tragung verpflichtet ist, § 1464 Abs. 1 B.G.B. Soweit sie dem Mann zur Last fallen, er aber nicht in der Lage ist, sie zu bezahlen, fallen sie im Verhältnis der Gatten zueinander dem Gesamtgut zur Last[43]. In einem zwischen der Frau und einem Dritten geführten Rechtsstreit fallen die Kosten der Frau grundsätzlich zur Last, ausgenommen (dem Gesamtgut zur Last fallend), wenn das Urteil dem Gesamtgut gegenüber wirksam ist[44], oder wenn der Rechtsstreit eine persönliche Angelegenheit der Frau (z. B. ihren Namen) oder eine nicht unter § 1463 Ziff. 1 und 3 fallende[45] Gesamtgutsverbindlichkeit der Frau betrifft und die Aufwendung der Kosten den Umständen nach geboten war, § 1464 Abs. 2 B.G.B. Eine Ausstattung, die der Mann einem gemeinschaftlichen Kinde aus dem Gesamtgut verspricht oder gewährt, fällt insoweit dem Mann zur Last, als sie über das dem Gesamtgut entsprechende Maß hinausgeht, § 1465 Abs. 1 B.G.B. Verspricht oder gewährt der Mann einem nicht gemeinschaftlichen Kinde eine Ausstattung aus dem Gesamtgut, so fällt sie im Verhältnis der Ehegatten zueinander dem Vater oder der

---

[40] S. Staudinger 3b zu § 1467.

[41] Bedeutung: (vgl. Staudinger 1a zu § 1463) s. o. Anm. 33, weiter § 1475 Abs. 1 und 2 B.G.B. (jeder Gatte kann Berichtigung aus dem Gesamtgut bei der Auseinandersetzung verlangen); § 1481, S. 1 B.G.B. (ist eben genannte Berichtigung unterblieben, so muß der Mann dafür einstehen, daß die Frau von dem Gläubiger nicht in Anspruch genommen wird).

[42] Bedeutung dieser Ausnahmen (vgl. Staudinger 1b zu § 1463) s. o. Anm. 34, weiter § 1475 Abs. 2 B.G.B. (bei der Auseinandersetzung kann der Gatte, dem die Verbindlichkeit zur Last fällt, ihre Berichtigung aus dem Gesamtgut nicht verlangen), § 1459 Abs. a S. 2 (Erlöschen der persönlichen Haftung des Mannes nach Beendigung der Gütergemeinschaft).

[43] Staudinger 2a zu § 1464.

[44] S. §§ 1449, 1450, 1452, 1454 B.G.B.

[45] Für die darunter fallenden gilt § 1463 Z. 3 B.G.B. (s. o.).

Mutter des Kindes zur Last, der Mutter jedoch nur insoweit, als sie zustimmt oder die Ausstattung nicht das dem Gesamtgut entsprechende Maß übersteigt, § 1465 Abs. 2 B.G.B.[46].

§ 3

Der Konkurs des Ehemannes.

I. Geschichtliches und Überleitung.

Mit der Kodifizierung des bürgerlichen Rechts im Bürgerlichen Gesetzbuch wurde auch eine Neuregelung der konkursrechtlichen Normen erforderlich. In einer Novelle zur alten Konkursordnung erfolgte die Anpassung an das bürgerliche Recht.

Während in den meisten bisherigen Rechten die Gütergemeinschaften jeder Art behandelt wurden wie andere Gemeinschaften – dahin hat sich insbesondere das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 8 S. 102 ff. ausgesprochen; dagegen gingen die Ansichten in der Theorie auseinander[47] —, d. h. im Konkurs eines Ehegatten in Ansehung des Gesamtguts eine Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten außerhalb des Konkurses stattfand, wie sie heute noch z. B. für die Gemeinschaft des B.G.B. gemäß §§ 16, 51 KO. stattfindet, wurde dieser Grundsatz in der Novelle aufgegeben.

Schon im Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch war eine den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts entsprechende Regelung des Konkurses vorgeschlagen[48]. Jedoch wurde in der zweiten Kommission die Vorschrift in die neu zu fassende Konkursordnung verwiesen[49], in welcher sie in etwas anderer Fassung als § 2 aufgenommen wurde. In Abs. 1 des § 2 wurde bestimmt: „Wird bei dem Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft das Konkursverfahren über das Vermögen des Ehemannes eröffnet, so gehört das Gesamtgut zur Konkursmasse; eine Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts zwischen den Ehegatten findet nicht statt."

In den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch[50] schon wurde die Frage erörtert, ob diese Vorschrift nicht überflüssig sei, da nach § 1 KO. das ganze einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners in die Konkursmasse falle und das Gesamtgut doch der Zwangsvollstreckung der Gläubiger des Mannes wie sein Eigenvermögen unterliege. Es wurde jedoch diese Vorschrift für erforderlich gehalten, um alle Zweifel auszuschalten, und zwar mit Recht, denn wenn auch bei der Zwangsvollstreckung das Gesamtgut wie Vermögen des Mannes behandelt wird

[46] Verspricht oder gewährt der Mann aus dem Gesamtgut einem einseitigen Kinde der Frau eine Ausstattung, welche das dem Gesamtgut entsprechende Maß übersteigt und ohne daß die Frau ihre Zustimmung erteilt hat, so fällt sie dem Gesamtgut zur Last. Die Frage ist sehr bestritten; so Staudinger 3b γ zu § 1465; anders die h. M. z. B. Kipp-Wolff § 65 II (weitere Zit. bei Staudinger a. a. O.).

[47] Gegen diese Ansicht des Reichsgerichts Jäger 4 zu § 2.

[48] E. I B.G.B. § 1361.

[49] Prot. IV S. 263.

[50] Mot. IV S. 371 f.

(§ 740 ZPO.), so ist es doch nicht sein Eigenvermögen. Außerdem ist die Frage beim Konkurs der gewerbetreibenden Ehefrau bedeutsam (s. darüber unten § 4, V).

Es gilt hienach grundsätzlich folgendes: Ein Sonderkonkurs über das Gesamtgut ist während des Bestehens der Gütergemeinschaft ausgeschlossen[51], es ist nur ein Konkurs über das Vermögen des Mannes oder der Frau möglich[52]; das Gesamtgut gehört zur Konkursmasse des Mannes; eine Auseinandersetzung wegen desselben findet nicht statt.

Inwieweit für Ehen, die unter altem Recht geschlossen sind, der § 2 KO. oder gemäß Art. VI S. 1 EG. zum Gesetz betreffend Änderung der Konkursordnung vom 17. Mai 1898 und Art. 200, 218 EG. zum B.G.B. die alten Rechtsgrundsätze Anwendung finden, ist bestritten. Wolff[53] meint, daß nur die materiellen Regeln des B.G.B. nicht für die vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Ehen gelten, der § 2 KO. also auch auf die zur Zeit des Inkrafttretens des B.G.B. bestehenden Ehen sich beziehe, auch wenn deren Güterstand nicht durch Landesgesetz übergeleitet sei, und nur dann die bisherigen Vorschriften betr. das Konkursverfahren Anwendung finden (Art. V des gen. EG.), wenn das Konkursverfahren schon vor dem 1. Januar 1900 eröffnet sei. Jäger[54] dagegen vertritt die Ansicht, daß für die unter altem Recht geschlossenen Ehen, soweit der Güterstand nicht in das System des B.G.B. übergeleitet und das neue Konkursrecht nach Art. VI S. 3 zit. EG. auf den Güterstand der übergeleiteten Ehen für anwendbar erklärt ist[55], die alten Grundsätze maßgebend bleiben[56]. Diese Ansicht halten wir für richtig, denn sonst wäre Art. VI überflüssig.

II. Antrag, Eröffnung und deren Wirkung.

1. Das Konkursverfahren kann nur auf Antrag eröffnet werden, § 103 KO. Dafür zuständig ist ausschließlich das Amtsgericht, bei welchem der Gemeinschuldner seine gewerbliche Niederlassung oder in Ermangelung einer solchen seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, § 71 Abs. 1 KO. Sind mehrere Gerichte zuständig, so schließt dasjenige, bei welchem zuerst die Eröffnung des Verfahrens beantragt worden ist, die übrigen aus. Der Antrag kann gestellt werden vom Ehemann als Gemeinschuldner (s. u. III) oder seinen Gläubigern, § 103 Abs. 2 KO. Die Ehefrau — obwohl vielleicht ihr ganzes

---

[51] S. Planck IX zu § 1459, Bartels 12; A. B. Schmidt 8a γ zu § 1459, Dernburg B. R. Bd. IV, V in § 59; Hellwig K., Anspruch und Klagerecht (1900) S. 332 Anm. 8; Endemann B. R. II, 2 § 185 Anm. 12, Seuffert, Konkursprozeß 71 Anm. 10. Eine andere Frage ist, ob nach Aufhebung im Liquidationsstadium ein Sonderkonkurs zulässig ist; darüber s. u. § 7.

[52] S. Planck IX zu § 1459, A. B. Schmidt 8a γ zu § 1459, und Bartels 12.

[53] Wolff Kom. § 2 Anm. 11.

[54] Kom. § 2 Anm. 39, ebenso Eberhard a. a. O. S. 218 f., Wilmowski 3 zu § 2.

[55] Dies ist seitens der Landesgesetzgebung im größten Teil des Reiches geschehen, s. Jäger a. a. O., Eberhard a. a O. S. 218 Anm. 2, nicht aber in Württemberg, s. Eberhard a. a. O. S. 218 f., für altrechtliche Ehen dieses Gebiets gilt daher § 2 KO. nicht, näheres s. bei Eberhard a. a. O.

[56] Ebenso Petersen-Kleinfeller 9 zu § 2, Sarwey-Bossert 1 zu § 2, Mentzel 7 zu § 2, Meyer-Pleyer 22 zu § 2.

Vermögen in einen Konkurs des Mannes hineingezogen wird — hat nur dann ein Antragsrecht, wenn sie Gläubigerin des Mannes bezw. des Gesamtguts (s. u. IV, 1, 3) ist. Der Antrag des Mannes ist als Gemeinschuldnerantrag ohne weiteres zuzulassen (§ 104 KO.). Der Antrag von Gläubigern nach Glaubhaftmachung i. S. § 105 Abs. 1 KO., daß sie eine Forderung gegen den Mann haben[57] und daß der Mann zahlungsunfähig ist[58].

2. Auf Grund des Antrags wird der Konkurs durch Beschluß des Konkursgerichts eröffnet, und zwar mit sofortiger materieller Wirksamkeit, d. h. mit dem Zeitpunkt der Eröffnung (bestimmt durch den Eröffnungsbeschluß) setzt schon der Konkursbeschlag ein, nicht erst mit der Zustellung, Veröffentlichung oder (formellen) Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses[59]. Die formelle Rechtskraft desselben hat im ehelichen Güterrecht nur ausnahmsweise insofern materielle Bedeutung, als mit ihr die Verwaltung und Nutznießung des Ehemannes am Vermögen der Frau aufhört (§ 1419 B.G.B.) und die Errungenschaftsgemeinschaft aufgelöst wird, § 1543 B.G.B. Dagegen wird die allgemeine Gütergemeinschaft durch die Eröffnung des Konkurses gegen den Mann nicht aufgelöst[60]. Eine Endigung wurde deshalb vom Gesetzgeber abgelehnt, weil der Frau, die durch den Konkurs des Mannes unter Umständen ihr ganzes Vermögen verliert, die Anwartschaft auf ihren Anteil an dem künftigen Erwerb des Mannes und die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht genommen werden soll[61]. Es können zwar bei der Konkurseröffnung die Voraussetzungen für eine Aufhebungsklage der Frau gemäß § 1468 Ziff. 4 und 5 B.G.B. gegeben sein; dafür ist aber die Konkurseröffnung weder erforderlich noch genügend[62]. Eine solche Klage ist auch *nach* Konkurseröffnung[63] gegen den Mann[64] zu richten, da die Aufhebung (s. § 1470 Abs. 1 B.G.B.) erst von dem Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils ab wirksam ist und das konkursbefangene Gesamtgut nicht mehr berührt[65]. Durch Eröffnung des Konkurses werden die Konkursgläubiger an der Vollstreckung in das konkursfreie Vermögen der Frau,

---

[57] Ist eine Forderung in der Person der Frau entstanden, so müssen sie glaubhaft machen, daß ihnen der Mann persönlich nach § 1459 Abs. 1 B.G.B. haftet.

[58] Der Grund für die Eröffnung ist Zahlungsunfähigkeit des Mannes überhaupt, s. Jäger 1 zu § 2, Überschuldung nur des Gesamtguts genügt nicht, Planck IXa zu § 1459, A. B. Schmidt 8b zu § 1459.

[59] S. Jäger 53 zu § 1 KO. (S. 40 oben).

[60] Begr. zur Novelle Hahn-Mugdan Bd. VII, S. 233, Jäger § 2 Anm. 8, A. B. Schmidt 8aβ zu § 1459, Wolff 1 zu § 2, Fitting a. a. O. S. 166 Anm. 39, Mentzel S. 27 Ziff. 3 KRGR. 13 zu § 1459, Meyer-Bleyer 8a zu § 2, Petersen-Kleinfeller 2 zu § 2, Bartels 12, Planck IX zu § 1459.

[61] Mot. IV, S. 398 f. auch 548; Prot. IV, S. 273, 277 ff.

[62] S. Jäger Anm. 8 zu § 2, Petersen-Kleinfeller 2 zu § 2, Bartels 13.

[63] Der Prozeß auf *vor* Konkurseröffnung erhobene Klage dieser Art wird durch letztere nicht unterbrochen, (da s. sofort) er nicht die Masse betrifft, Wolff 5 zu § 2.

[64] Nicht gegen den Konkursverwalter, s. Jäger 8 zu § 2, Petersen-Kleinfeller 2 zu § 2, Meyer-Bleyer 8a zu § 2.

[65] S. Jäger 53 zu § 1 und entsprechend RG. Bd. XV, S. 321, Planck IX zu § 1459, Bartels 13, 15, S. u. V. 1b.

falls diese für die betr. Gesamtgutsverbindlichkeiten auch persönlich haftet, nicht gehindert, § 14 KO. steht ihnen nicht entgegen[66].

3. Eröffnet wird das Verfahren als Konkurs des Ehemannes, selbst wenn er gar kein sonstiges Vermögen hat und seine ganze Habe in seinem Anteil am Gesamtgut besteht, § 2 Abs. 1 KO[67]. Ein selbständiges Konkursverfahren über das Gesamtgut bei bestehender allgemeiner Gütergemeinschaft, das nicht auch das übrige Vermögen des Ehemannes umfaßte, ist ausgeschlossen, § 2 Abs. 1 KO[68].

4. Gegen den Eröffnungsbeschluß steht nur dem Mann (falls er nicht selbst den Eröffnungsantrag gestellt hat), nicht auch der Frau die sofortige Beschwerde zu, § 109 KO. Gegen den die Eröffnung ablehnenden Beschluß haben der beantragende Mann bezw. die beantragenden Gläubiger das Recht sofortiger Beschwerde. Die Beschwerde hat jedoch keine aufschiebende Wirkung. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts wird erst mit der Rechtskraft wirksam, jedoch steht dem Gericht die Befugnis zu, die sofortige Wirksamkeit der Entscheidung anzuordnen, § 74 KO.

III. Gemeinschuldner.

1. Im Konkurs über das Vermögen des Ehemannes und damit auch über das Gesamtgut ist Gemeinschuldner nur der Ehemann. Die Frau ist nicht Gemeinschuldnerin, obwohl das Gesamtgut ihr mit gehört (§ 1438 B.G.B.), vielleicht ihr ganzes Vermögen in die Konkursmasse fällt, der Mann gar kein Vermögen hatte und das Gesamtgut in vollem Umfang und ausschließlich von der Frau stammt[69].

2. Infolgedessen hat auch der Mann nur die Rechte und Pflichten des Gemeinschuldners[70], nur seine Handlungen unterliegen als „Rechtshandlungen des Gemeinschuldners" der Konkursanfechtung[71], nur ihn treffen die Ehrenminderung und die Strafe für betrügerischen Bankrott.

3. Das Vermögensverwaltungs- und Verfügungsrecht wird nach Eröffnung des Konkurses vom Konkursverwalter ausgeübt (§ 6 Abs. 2 KO.), er nimmt das zur Masse gehörige Gesamtgut, wie Alleinvermögen des Gemeinschuldners in Besitz, um es zu verwalten und bestmöglichst zu ver-

[66] S. Jäger 6 zu § 2, Wolff 6 zu § 2.
[67] S. Jäger 1 zu § 2.
[68] S. Jäger 1 zu § 2, Hellmann a. a. O. S. 126, Meyer-Bleyer 8a zu § 2.
[69] Jäger 5 zu § 2.
[70] Die Frau hat daher namentlich nicht das Recht zur Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß (§ 109 KO.) s. o. II Ziffer 4, zur Erklärungsabgabe im Prüfungstermin (§ 141 Abs. 2 KO.), zum Vorschlag eines Zwangsvergleichs (§ 173 KO.). Nur dem Mann gegenüber sind andererseits die Gläubiger durch § 14 KO. beschränkt, nur gegen ihn wirkt die konkursmäßige Feststellung §§ 144, 164, nur gegen ihn der Zwangsvergleich, s. zu allem Wolff 6 zu § 2.
[71] Mit einer Einschränkung betr. Rechtshandlungen der Frau aus der Zeit vor dem Konkurs, die sie mit Wirkung für das Gesamtgut (z. B. nach § 1450 B.G.B.) vornehmen konnte. Solche müssen, auch wenn die Frau nicht (was ihr nach § 1450 gestattet ist) als Vertreterin des Mannes gehandelt hat, unter den Voraussetzungen der §§ 29 ff. KO. Anspruch auf Rückgewähr zur Konkursmasse des Mannes begründen können. So mit Recht Jäger 6 zu § 2.

werten (§ 117 Abs. 1 KO.).[72] In gewissen Fällen respektiert aber das Gesetz den persönlichen Willen des Gemeinschuldners. Insbesondere behält derselbe, d. h. hier der Mann, das ausschließliche Recht, eine ihm vor der Konkurseröffnung angefallene Erbschaft oder ein so angefallenes Vermächtnis anzunehmen oder auszuschlagen, § 9 KO. Wenn der Frau eine Erbschaft angefallen ist, die in das Gesamtgut fällt, so hat der Mann zwar kein Ausschlagungsrecht (dieses hat betr. vor Konkurseröffnung ihr angefallener Erbschaften, Vermächtnisse die Frau)[73], jedoch die selbständige Möglichkeit, die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, §§ 1975, 2008 B.G.B., 999 ZPO., speziell das Recht, die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß zu beantragen, § 218 Abs. 1 KO. Dieses Recht behält er auch während des Konkurses. Ist die schon vor Eröffnung des Konkurses angefallene Erbschaft von der Frau angenommen worden, so hat der Konkursverwalter nach § 6 Abs. 2 KO. auch die Zwangsvertretung betr. dieses letztere Recht[74]. Stellt er den Antrag auf solche Konkurseröffnung, so hat er die Überschuldung glaubhaft zu machen, wird der Antrag jedoch gemeinschaftlich von der Frau (Erbin) und dem Konkursverwalter gestellt, so gilt er als Gemeinschuldnerantrag und ist ohne weiteres zuzulassen, § 218 Abs. 2 KO.

4. Stirbt der Gemeinschuldner während des gewöhnlichen Konkursverfahrens, so geht das Verfahren seinen Gang weiter, das Gesamtgut bleibt Massebestandteil, auch wenn der Ehemann nach Konkurseröffnung stirbt[75]. Es wird jedoch das Verfahren als Nachlaßkonkurs weitergeführt (bestritten)[76]. Wer als Gemeinschuldner anzusehen ist, ist für den Nachlaßkonkurs streitig und für diesen unsern Fall der Weiterführung nach dem Tod des Gemeinschuldners insbesondere bestritten. Für letzteren nimmt die h. M. (besonders Jäger)[77] wohl mit Recht an, daß als Gemeinschuldner des fortgesetzten Verfahrens der Erbe als solcher in Betracht komme. Die andere Ansicht, daß dieses fortgesetzte Verfahren ein Konkursverfahren *ohne* Gemeinschuldner sei, wird besonders vertreten von Otker[78] und Schröder[79], aber einen Konkurs ohne Gemeinschuldner gibt es nicht.

IV. Konkursgläubiger.

1. Gläubiger im Konkurse des Ehemannes sind alle persönlichen Gläubiger, welche einen z. Zt. der Konkurseröffnung begründeten Vermögens-

[72] Jäger a. a. O. 2 zu § 2 (S. 58 o.).

[73] S. Wolff 3 zu § 2. Vgl. § 1453 B.G.B., § 9 KO.

[74] Vgl. Wolff 2 zu § 9, 3 zu § 217, Jäger 8 zu § 9, 11 zu § 217 ff., 4 zu § 234, Wilmowski 5, 9 zu § 217, Petersen-Kleinfeller 2 zu § 9 über das Zwangsvertretungsrecht des Konkursverwalters, betr. Erwirkung der Eröffnung eines Nachlaßkonkurses, dies muß entsprechend auch für § 218 gelten.

[75] Jäger Anm. 19 zu § 2, s. u. V, 1b.

[76] Wie oben Jäger 21 zu § 214 und dort. Zit. S. dort über die Streitfrage. A. M. besonders Schröder, Buschs Zeitschrift f. Zivilprozeß Bd. 28, S. 4 ff. Die Sätze über den Nachlaßkonkurs kommen aber jedenfalls nur zum Teil in Betracht, soweit es die bes. Sachlage zuläßt, s. näheres Jäger a. a. O.

[77] Über diese Frage s. Jäger 7 ff. zu § 214.

[78] Buschs Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 25 S. 20, Konkursrechtliche Grundbegriffe I (1891) S. 73, 433.

[79] Buschs Zeitschrift für Zivilprozeß a. a. O. S. 6 ff. besonders S. 9.

anspruch an den Ehemann haben[80]. Dazu gehören auch solche Gesamtguts-gläubiger, deren Forderungen in der Person der Frau entstanden sind, denn auch diesen haftet der Ehemann persönlich (§ 1459 Abs. 2 B.G.B.)[81]. Alle diese Gläubiger haben das Recht, den Konkursantrag zu stellen und sich am Verfahren zu beteiligen. Auch die Frau kann sich als Konkursgläubigerin am Verfahren beteiligen, s. u. Ziff. 3.

2. Nicht Konkursgläubigerin ist die getrennt lebende Ehefrau mit ihrem persönlichen Anspruch (§ 1361 Abs. 1 S. 2 B.G.B.) auf Herausgabe des notwendigen Hausrats[82]. Unberührt bleibt freilich ein Aussonderungs-anspruch der Frau in Beziehung auf diese Gegenstände (§§ 43, 45 KO)[83], z. B. weil sie zu ihrem Vorbehaltsgut gehören, meist werden aber diese Gegenstände als beschlagsunfähig gemäß § 812 ZPO., § 1 Abs. 4 KO., gar nicht zur Konkursmasse gezogen werden, sodaß dieser Anspruch im Konkurs nicht in Betracht kommt.

3. Ersatzansprüche des Vorbehaltguts gegen das Gesamtgut kann die Frau als Konkursgläubigerin geltend machen; umgekehrt muß die Frau aber ihre Ersatzschulden gegenüber dem Gesamtgut in Masse bezahlen[84]. Das-selbe gilt für Forderungen und Verbindlichkeiten aus Rechtsgeschäften, die Mann und Frau wie dritte Personen geschlossen haben, z. B. ist die Ehe-frau Konkursgläubigerin mit der Forderung aus einem Darlehen, das sie dem Mann aus ihrem Vorbehaltsgut gegeben hat[85].

4. Diejenigen Gesamtguts-Gläubiger, denen auch die Frau persönlich haftet, sind durch ihre Beteiligung am Konkurs des Mannes nicht an der Vollstreckung in das Sondervermögen der Frau gehindert, § 14 KO. greift gegen sie nicht Platz. Dazu müssen sie aber einen besonderen Titel gegen die Frau haben. Die konkursmäßige Feststellung im Konkurs des Ehemanns genügt dazu nicht. Im gleichzeitigen Konkurs der Ehefrau, der an sich un-abhängig von dem des Ehemannes ist und nicht notwendig auf diesen folgt, können diese Gläubiger, denen die Frau persönlich haftet, ihre Forderungen dem ganzen Betrag nach gemäß § 68 KO. anmelden[86].

V. Die Konkursmasse.

1. Im Konkurs des Ehemanns fällt gemäß § 1 KO. sein der Zwangs-vollstreckung unterliegendes Vermögen in die Konkursmasse.

a) Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft gehört zur Konkursmasse jedenfalls sein Vorbehaltsgut, § 1440 B.G.B.[87] und sein Sondergut i. S.

---

[80] Jäger § 2 Anm. 7.

[81] Jäger 7 zu § 2, Petersen-Kleinfeller 2 zu § 2, Wolff 4 zu § 2, Mentzel S. 28 Z. 3 a. E., Meyer-Bleyer 8a zu § 2.

[82] S. Jäger Anm. 39 zu § 3. Von Bedeutung ist das, soweit es sich um beschlagsfähige Sachen handelt, die zum Gesamtgut gehören, s. Jäger a. a. O. Anm. 192.

[83] S. Jäger a. a. O. Wieruszowski HB. des Eherechts Bd. I (1900) S. 133

[84] S. Jäger 3 zu § 2, A. B. Schmidt 8b, γ zu § 1459, vgl. auch entsprechend Mot. IV, S 529 f.

[85] S. Jäger 3 zu § 2.

[86] Jäger 7 zu § 2, Petersen-Kleinfeller 2 zu § 2 Wolff 8 zu § 2.

[87] S. Jäger 2 zu § 2.

des § 1439 B.G.B., letzteres dem Ertrag nach, soweit es aus Rechten besteht, deren Ausübung einem andern überlassen werden kann (s. § 857 Abs. 3 ZPO.), so z. B. Nießbrauch (§ 1059 S. 2 B.G.B.) und evtl. s. (§ 1092 S. 2 B.G.B.) beschränkte persönliche Dienstbarkeiten[88].

b) Der Anteil des Ehemannes am Gesamtgut ist unpfändbar, (§ 860 Abs. 1 ZPO.) und fällt daher nicht in die Konkursmasse. Auf Grund des § 1 KO. würde auch das Gesamtgut als Ganzes nicht in die Konkursmasse fallen, s. oben I, da es nicht sein Eigenvermögen ist. Es könnte also eine Befriedigung der Gläubiger aus dem Gesamtgut im Konkurse nicht stattfinden. Diese Regelung würde jedoch der Stellung des Mannes bei Verwaltung des Gesamtguts nach außen (§§ 1443 ff., 1459 Abs. 2 B.G.B.) und den Grundsätzen der Zivilprozeßordnung widersprechen, wonach bei der Einzelvollstreckung das Gesamtgut wie Alleinvermögen des Mannes behandelt wird, § 740 ZPO. Im Anschluß daran wurde im § 2 Abs. 1 KO. die entsprechende Regelung vorgenommen und bestimmt, daß das Gesamtgut zur Konkursmasse des Mannes gehöre[89]. Die Frau kann sich nicht dagegen wehren, sie hat kein Recht, Auseinandersetzung des Gesamtguts und abgesonderte Befriedigung nach §§ 15, 51 KO. zu verlangen, s. KO. § 2 Abs. 1 am Ende. Sie verliert also im Konkurs des Mannes ohne Ersatz ihr zum Gesamtgut gehöriges Vermögen[90]. Sie kann jedoch Auseinandersetzung in Ansehung dessen verlangen, was als Neuerwerb[91] nach § 1 Abs. 1 KO. nicht mehr zur Konkursmasse fließt[92]. Unberührt bleibt ihr Recht, ihr Vorbehalts- und Sondergut nach § 43 ff. KO. (s. bes. auch § 45) aus der Konkursmasse des Mannes auszusondern. Allerdings streitet die Vermutung, wenn der Verwalter es zur Masse gezogen hat[93], für die Zugehörigkeit zum Gesamt-

---

[88] S. Planck IXa zu § 1459, Jäger 2 zu § 2, vgl. 39 zu § 1 und 42 zu § 1, Gastell 52.

[89] § 2 KO. bezieht sich (s. § 2 Abs. 1 KO.: "bei") nicht auf den Fall, daß die Gütergemeinschaft im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bereits *aufgehoben war* (sei es durch Aufhebungsurteil § 1470 B.G.B., Tod oder Vertrag), s. Jäger 19 zu § 2, Wolff 5 zu § 2, Sarwey-Bossert 1 zu § 2, Bartels 58, Gastell 56, Mentzel S. 25 Z. 1. Aber diesen Fall s. u. im 3. Teil. Ob die *Eintragung der Aufhebung ins Güterrechtsregister* erfolgt ist oder nicht, ist unerheblich, s. Wolff a. a. O. u. unten Anm. 470.

[90] S. A. B. Schmidt, 8b zu § 1459.

[91] Zur Konkursmasse gehören nur (und alle) Gegenstände, die zur Zeit der Konkurseröffnung *bereits Bestandteile des Gesamtguts* bilden, samt *Surrogaten*, nicht aber Gesamtgut, das bei Fortdauer der Gemeinschaft erst *während* des Konkurses von den Ehegatten *neu erworben* wird. *Neuerwerb* sind z. B. die nach Konkurseröffnung gezogenen Nutzungen des Sonderguts der Frau (Planck IXa zu § 1459, Mentzel S. 28), sie fallen ins konkursfreie Gesamtgut. Ebenso Erwerb der Frau nach Konkurseröffnung, soweit er ins Gesamtgut (§ 1438 B.G.B.) fällt (s. Planck, a. a. O.).

[92] S. Jäger 3, 8 a. E. zu § 2. Ebenso bezüglich dessen, was nach Konkursbeendigung, etwa nach Abschluß eines Zwangsvergleichs als *Gesamtgutsrest* verblieb, s. Planck IXa zu § 1459, Jäger a. a. O., s. zu beidem auch Mot. IV S. 372 f.

[93] Jäger 3 zu § 2, A. B. Schmidt 8b zu § 1459, Opet-Blume 9a zu § 1459, Bartels 14, Meyer-Bleyer 8a zu § 2. Und zwar bedarf sie auch bei Fortdauer des Güterstands und des Verwaltungsrechts des Mannes in Ansehung ihres Sonderguts *nicht* seiner Zustimmung zur Erhebung einer Aussonderungsklage gegen den Konkursverwalter, wie die entsprechende Anwendung von §§ 1407 Z. 4 vgl. 1439 S. 2, 1525

gut, § 1438 B.G.B., und es liegt ihr ob, die Sonderguts- bzw. Vorbehaltsgutseigenschaft der auszusondernden Vermögensstücke nachzuweisen[94]. Auch wenn bereits bei Eröffnung des Konkurses schon die Klage auf Aufhebung der Gütergemeinschaft nach § 1468 B.G.B. von der Ehefrau erhoben war, die Aufhebung selbst aber noch nicht eingetreten war, s. § 1470 B.G.B., fällt das Gesamtgut in die Konkursmasse[95] und bleibt auch darin, wenn die Aufhebung während des Konkurses ausgesprochen wird[96]. Das Gesamtgut bleibt weiter bei der Konkursmasse des Mannes, in die es mit der Konkurseröffnung gefallen ist, auch wenn nach Konkurseröffnung der Mann stirbt (s. o. III. 3) und dadurch (bei unbeerbter Ehe) die allgemeine Gütergemeinschaft endigt, (§ 1482 B.G.B.)[97]. Die Frau und ihre Gläubiger können sich auch nicht dagegen wehren, daß das Gesamtgut zur Befriedigung auch von solchen Gesamtgutsverbindlichkeiten verwendet wird, die im Verhältnis der Ehegatten zueinander dem Mann allein zur Last fallen (§ 1463 ff.). Denn das Gesamtgut haftet nach § 1459 Abs. 1 allen Gläubigern des Mannes[98].

c) Wenn die Frau ihr Vorbehaltsgut dem Mann zur Verwaltung überlassen hat, so gilt für diese Überlassung § 1430 B.G.B. vgl. 1441 B.G.B.[99]. Der Mann kann über die Einkünfte verfügen nach Maßgabe des § 1430 S. 1 B.G.B. Ein den Gläubigern des Mannes zugängliches Nutzungsrecht ist aber nicht vorhanden[100]. Die Konkurseröffnung über das Vermögen des Mannes hebt im Zweifel dessen Verwaltungsrecht nicht auf — unbeschadet der freien Widerrufsbefugnis der Frau nach § 671 B.G.B.[101] (das Verhältnis wird sich regelmäßig als Auftrag darstellen)[102]. Eine Pflicht des Mannes zur Herausgabe oder Erstattung der bereits bezogenen und nach Maßgabe des § 1430 S. 1 B.G.B. seiner freien Verfügung unterworfenen Einkünfte besteht selbst bei Beendigung der Verwaltung nach der h. M. nicht[103]. Im Konkurs kann die Frau dementsprechend die genannten

---

Abs. 2 B.G.B. lehrt. So auch Jäger 3 zu § 2, Bartels 14. Betr. Vorbehaltsgut der Frau ist deren selbständige Aussonderungsbefugnis zweifellos, s. Jäger a. a. O.

[94] S. Jäger 3 zu § 2, Wolff 2 zu § 2, Mentzel S. 28.

[95] S. Jäger 19 zu § 2.

[96] S. Wolff 5 zu § 2, Jäger a. a. O., Wilmowski 1 zu § 2, Planck IXa zu § 1459, Bartels 13, 15, A. B. Schmidt 8b zu § 1459, Meyer-Bleyer 8a zu § 2.

[97] S. Jäger 19 zu § 2, Schröder a. a. O. S. 30, s. entsprechend auch Begr. zur Konkursnov. S. 25, (Hahn Mugdan VII, S 233), Bartels, Wilmowski, Planck a. a. O., A. B. Schmidt a. a. O.

[98] Jäger 1 zu § 2 s. das. Anm. 1 über die gegen die Regelung des § 2 aus §§ 1444—1446 B.G.B. erhobenen Bedenken.

[99] S. Staudinger 6 zu § 1430; 5. vor § 1426.

[100] S. Jäger 38 zu § 2. Die Einkünfte bleiben daher dem Zugriff seiner Konkursgläubiger entzogen, soweit nicht etwa Ersparnisse bei Konkurseröffnung bereits dem Vermögen des Mannes zugeführt sind, s. Jäger a. a. O.

[101] Jäger a. a. O. Petersen-Kleinfeller 1 zu § 2, Bartels 11.

[102] S. Staudinger 4 zu § 1430, Jäger a. a. O. Bartels 11.

[103] Die Frage ist bestritten, s. Wieruszowski HB. des Eherechts, Bd. II (1904,) S. 487 ff., bes. S. 494 bei Anm. 89, Staudinger 3d zu § 1430, Jäger a. a. O. (und dort. Literatur).

Einkünfte nicht aussondern und bezüglich derselben keine Ersatzforderung geltend machen[104].

d) Das Verwaltungsrecht des Mannes am Sondergut der Frau (§ 1439 S. 2 vgl. § 1525 B.G.B.) fällt nicht in die Konkursmasse[105].

2. Der Umfang der Konkursmasse wird näher bestimmt durch § 1 KO. In die Konkursmasse fällt nur das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners z. Zt. der Konkurseröffnung. Konkursfrei ist der Neuerwerb des Gemeinschuldners[106]. Weiter sind konkursfrei die unpfändbaren Gegenstände gemäß § 811 (s. aber einschränkend § 1 Abs. 2 KO.), §§ 850 ff. ZPO. Die Beschränkungen des § 811 ZPO. gelten jedoch nur für die im Gesetz speziell aufgeführten Gegenstände, nicht auch für deren Erlös (oder die Forderung auf den Erlös) bei Versilberung vor Konkurseröffnung[107]. Nicht zur Konkursmasse gehören auch Gegenstände, die nicht gepfändet werden *sollen*, § 812 ZPO. s. § 1 Abs. 4 KO. Gegenstände, die relativ pfändbar sind, d. h. die nur zu Gunsten einzelner Gläubiger gepfändet werden können, z. B. § 850 Abs. 4 ZPO., fallen nicht in die Konkursmasse. Die gegenteilige Ansicht hält Hellmann[108] mit Recht für falsch, da eine Pfändbarkeit zu Gunsten einzelner Gläubiger noch keine Pfändbarkeit i. S. des § 1 KO. ist. Fällt die Unpfändbarkeit der unpfändbaren Gegenstände nach der Konkurseröffnung weg, so gehören sie trotzdem nicht zur Konkursmasse, für die Pfändbarkeit ist maßgebend der Zeitpunkt der Konkurseröffnung[109]. Daß hinterher, etwa infolge Neuerwerbs, durch den Tod des Schuldners, durch eine vom Erben des Urhebers veranstaltete Veröffentlichung eines Werkes, durch Anerkennung oder durch Klagerhebung oder infolge Berufsaufgabe noch weitere Vermögensbestandteile pfändbar *werden*, bleibt in dem einmal eröffneten Konkurs außer Betracht[110]. Wenn während des Konkurses ein beschlagnahmefreier Gegenstand von dem Gemeinschuldner versilbert wird, so gehört der Erlös nicht zur Konkursmasse, auch nicht der Wertersatz für die Beschädigung oder Zerstörung solcher Gegenstände[111]. Wenn unpfändbare Gegenstände vor der Konkurseröffnung gepfändet wurden, hat der Gemeinschuldner auch noch nach der Konkurseröffnung die Einwendungen aus § 766 Abs. 1 ZPO., nur wenn solche Gegenstände ausnahmsweise trotz Unpfändbarkeit in die Konkursmasse gehören, z. B. das Betriebsinventar landwirtschaftlicher Güter (§ 1 Abs. 2 KO.

---

[104] Sie gehören zur Konkursmasse des *Ehemanns*, Wieruszowski a. a. O. II, 494 bei A. 89, a. M. Petersen-Kleinfeller 1 zu § 2 (der Konkursverwalter dürfe auch die vor der Konkurseröffnung vom Ehemann aus dem Frauenvermögen bezogenen Einkünfte im Konkurs des Ehemanns nicht zur Masse ziehen und die Frau könne die trotzdem zur Masse gezogenen Einkünfte aussondern, evtl. Ersatz nach § 46 oder Herausgabe der Bereicherung nach § 59 Nr. 3 verlangen), und an ihn sich anschließend Bartels S. 10.

[105] Jäger 45 zu § 1.

[106] S. auch oben Anm. 91.

[107] Jäger 18 zu § 1.

[108] a. a. O. S. 147, ebenso Jäger 28 zu § 1.

[109] Jäger 18 zu § 1.

[110] Jäger 18 zu § 1.

[111] Jäger 18 zu § 1.

vgl. § 811 Z. 4. ZPO.), steht dieses Recht zur Einwendung nach § 766 Abs. 1. ZPO. dem Konkursverwalter zu, § 6 Abs. 2 KO.[112].

VI. Die Stellung des Verwalters bezüglich der Konkursmasse.

1. Die Konkursmasse, also hier bes. das zur Masse gehörige Gesamtgut, nimmt der Konkursverwalter in Besitz, § 117 KO. Entstehen Streitigkeiten darüber zwischen dem Verwalter und dem Gemeinschuldner, ob ein Gegenstand zur Konkursmasse („Sollmasse") gehört, insbesondere auch darüber, ob ein Gegenstand Neuerwerb ist, so ist bestritten, wie diese Streitigkeiten auszutragen sind.

a) Für den Klageweg schlechthin haben sich insbesondere Wilmowski[113] und Oetker[114] ausgesprochen.

b) Sarwey-Bossert[115], Wolff[116] u. a. und z. T. auch die Praxis[117] sind dagegen der Ansicht, daß der Gemeinschuldner schlechtweg nur die Erinnerung entsprechend § 766 ZPO. habe.

c) Das Reichsgericht[118] unterscheidet 2 Fälle:

aa) Wenn durch den Konkursverwalter selbst ohne Zwangsmaßregeln Gegenstände des Gemeinschuldners in Besitz genommen werden, die nicht zur Konkursmasse gehören, so soll der Gemeinschuldner dagegen nur im ordentlichen Klageweg vorgehen, da an seiner Dispositionsbefugnis durch die Konkurseröffnung nichts geändert sei.

bb) Wenn dagegen die Inbesitznahme der Gegenstände seitens des Konkursverwalters mit Hilfe des Gerichtsvollziehers oder eines anderen Vollstreckungsorgans im Weg der Zwangsvollstreckung herbeigeführt worden ist, so soll dagegen Erinnerung nach § 766 ZPO. zulässig sein.

Diesen Standpunkt nimmt im ganzen Jäger[119] ein; die von ihm gegebene Begründung und nähere Fassung[120] ist durchschlagend.

2. Die Verwaltung der Konkursmasse, also hier des Gesamtguts, das zu ihr gehört, und das Verfügungsrecht darüber steht dem Konkursverwalter zu, § 6 Abs. 2 KO. Er übt die Rechte des Gemeinschuldners aus. Verfügt der Ehemann (Gemeinschuldner) über einen Massegegenstand des Gesamtguts, so ist diese Verfügung gemäß § 7 KO. gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam. Wenn die Frau über einen Gegenstand des konkursbefangenen Gesamtguts verfügt, so gilt die Verfügung als die eines Nichtberechtigten, da durch § 2 KO. ihre Mitherrschaft für den Konkursbereich

---

[112] Jäger 18 zu § 1.
[113] 23 zu § 1.
[114] Buschs Zeitschrift f. Zivilprozeß Bd. 25, S. 17 ff.
[115] S. 50 (6 zu § 1).
[116] S. 34 f. (9 zu § 1).
[117] Seufferts Archiv Bd. 51 N. 249, S. 377 (Entsch. des Württbg. O.L.G.)
[118] E.R.G. Bd. 37, S. 398.
[119] 50 zu § 1.
[120] Im 2. Fall bejaht er die Anwendbarkeit des § 766 ZPO., mißt ihr aber geringe Bedeutung bei, nach Ablieferung an den Konkursverwalter bestehe noch die Möglichkeit des Klagewegs.

vollkommen ausgeschaltet[121] ist, der § 7 ist insoweit nicht maßgebend[122]. Alle Rechte der Frau am Gesamtgut hören während des Konkurses auf[123]. Verfügungsbeschränkungen, denen der Ehemann selbst mit Rücksicht auf die Mitberechtigung der Frau unterlag (z. B. §§ 1444 ff. B.G.B), stehen dem Konkursverwalter nicht entgegen, da der Konkurs diese Mitberechtigung (s. § 2 KO.) ignoriert[124] [125]. Dies ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, doch würde, wenn man den Konkursverwalter an diese Schranken binden würde, der Zweck des Konkurses vielfach dadurch vereitelt, daß die Frau ihre Zustimmung zu Verfügungen des Verwalters versagen würde. Eine Parallele dazu finden wir außerdem bei der Singularexekution, wo den Gläubigern des Mannes bei der Pfändung von Gesamtgutsgegenständen derartige Beschränkungen auch nicht auferlegt sind[126]. Ob der Konkursverwalter auch das Recht hat, konkursbefangene Gegenstände aus der Masse freizugeben, ist bestritten. Daß er mit Genehmigung der Gläubiger-Versammlung dazu befugt ist, wird allgemein anerkannt, § 162 Abs. 1 KO.[127]. Richtiger Ansicht nach hat er diese Befugnis nach pflichtgemäßem Ermessen auch ohne Beschlußfassung der Gläubigerversammlung bzw. des Gläubigerausschusses[128]. Hat der Gemeinschuldner eine ihm vor Konkurseröffnung angefallene Erbschaft angenommen, so kann der Konkursverwalter auch wenn die Erbschaft überschuldet ist, diese nicht freigeben[129] und dadurch die Haftung der Masse den Nachlaßgläubigern gegenüber abschütteln. Er ist nur bei Überschuldung der angenommenen Erbschaft berechtigt, die Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, bes. Nachlaßkonkurs zu beantragen[130]. Einzelne Gegenstände kann er aus dem Nachlaß freigeben (s. o.)[131].

3. Der Verwalter hat dafür zu sorgen, daß alles, was zur Konkursmasse gehört („Sollmasse"), hier also das zu ihr gehörige Gesamtgut, in diese gezogen („Istmasse") und verwertet wird (§ 117 KO.). Bei der Verwertung und Verteilung der Masse an die Gläubiger, welche nach den im Gesetz aufgestellten Regeln und in der vom Gesetz bestimmten Reihenfolge geschieht, hat der Konkursverwalter eine Trennung zwischen dem Eigenvermögen des Mannes und dem Gesamtgut nicht zu machen. Nötig ist diese Trennung nur in dem Ausnahmefall, daß Gläubiger vorhanden sind, denen

---

[121] S. Bartels 15, Jäger 6 zu § 2.

[122] S. Jäger 6 zu § 2.

[123] S. Wolff 2 zu § 2, Mentzel S. 28 Z. 4.

[124] S. Mot. IV, S. 372, Jäger 2 zu § 2, (S. 58 oben), Staudinger 6d zu § 1479, Wolff 2 zu § 2, Planck IXa zu § 1459, Bartels 15, Seuffert Konkursprozeßr. S. 178, K.R.G.R. 13 zu § 1459, Mentzel S. 28 Z. 4, Meyer-Bleyer 8b zu § 2.

[125] Die Ehefrau kann aus demselben Grund auch einen Prozeß über einen Gegenstand ihres zugebrachten Vermögens nicht fortsetzen (§ 1454 B.G.B.), s. Wolff 2 zu § 2, Mentzel S. 28 Z. 4.

[126] Mot. IV, S. 368, Staudinger 5a zu § 1459.

[127] Jäger 6 zu § 162.

[128] Jäger 43 zu § 6, Wolff 2 zu § 9.

[129] So Jäger Anm. 6, 12 zu § 9, a. M. Wolff 2 zu § 9.

[130] Näheres s. Jäger 8 zu § 9, s. auch Wolff a. a. O.

[131] S. Jäger 6 zu § 9 vgl. 43 zu § 6.

gegenüber die Haftung durch Vertrag auf das Sondervermögen des Mannes beschränkt ist[132].

VII. Die Anfechtung nach KO.

Voraussetzung für die Anfechtung nach KO. ist eine Rechtshandlung (meist)[133] des Gemeinschuldners, durch welche die Konkursgläubiger ungerechtfertigt benachteiligt sind. Während im Verhältnis des Kridars zu Dritten die gewöhnlichen Regeln der Anfechtung gelten, sind für das Verhältnis der Ehegatten besonders strenge Vorschriften gegeben. Danach sind anfechtbar:

1. Die im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung geschlossenen entgeltlichen Verträge des Gemeinschuldners mit seinem Ehegatten, wobei der anfechtende Konkursverwalter nur nachzuweisen hat, daß der Vertrag im letzten Jahr geschlossen worden ist und die Gläubiger dadurch benachteiligt sind, während dem Ehegatten die Beweislast obliegt, daß ihm eine Benachteiligungsabsicht des Kridars nicht bekannt gewesen ist, § 31 Z. 2 KO.

2. Die in den letzten beiden Jahren vor der Konkurseröffnung vorgenommenen unentgeltlichen Verfügungen des Gemeinschuldners zu Gunsten seines Ehegatten § 32 Z. 2 KO.

Zu untersuchen ist hier[134] die Frage, ob diese Bestimmungen oder auch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 30, 31, speziell des § 31 Nr. 1 KO., wonach Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem andern Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, anfechtbar sind, auch Anwendung finden, wenn die Ehegatten bei Eingehung der Ehe oder während der Ehe den Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft vereinbaren oder aufheben. Zunächst ist zu bemerken, daß durch den Grundsatz der Ehevertragsfreiheit (§ 1432 B.G.B.) als solchen die Anfechtung von „Eheverträgen“[135] [136] nicht eo ipso ausgeschlossen wird[137].

[132] über die Zulässigkeit solcher Vereinbarung s. Staudinger 8 zu § 1459, Kipp-Wolff § 62, VI, 3 bei A. 22; s. auch 64, III, 1; Jäger 1 zu § 2. Der § 2 KO. nimmt darauf keine Rücksicht, so daß ein solcher Gläubiger den Konkurs des Mannes mit den Folgen des § 2 KO. herbeiführen kann, Jäger a. a. O. Im Konkurs ist aber die Haftungsbeschränkung durchzuführen, (auf wessen Antrag er auch eröffnet sein mag). Die Durchführung unterliegt erheblichen Schwierigkeiten. Praktisch dürfte der Fall höchst selten sein.

[133] S. oben Anm. 71.

[134] Eine Frage des Anfechtungsrechts ist bereits oben Anm. 71 behandelt.

[135] S. über den Begriff Staudinger 1 zu § 1432.

[136] Ausgeschieden soll hier die Frage werden, ob „Eheverträge“ wegen Beeinträchtigung von Unterhaltsansprüchen der Anfechtung unterliegen können. Es ist dies eine von besonderen Erwägungen abhängige Spezialfrage, die wohl zu verneinen ist, so auch Staudinger 2d zu § 1432 und dort. zit. Lit. und Judikatur.

[137] S. in diesem Sinne K. Meyer Zentralbl. f. freiw. G. Bd. V, 3 f., Staudinger 2d zu § 1432, Opet-Blume 7 zu § 1432, Hellwig K., Wesen der Rechtskraft (1901) S. 436 Anm. 14, Wieruszowski, Rh. Arch. Bd. 103, S. 338, Jäger, E., die Gläubigeranfechtung (1905) S. 184 Anm. 63, Jäger 21 zu § 32 KO., Hellmann a. a. O., S. 339 A. 1, 341, Meikel Bl. f. Rechtsanw. Bd. 70, S. 374 (s. aber S. 385 vgl. und S. 48 A. 3), Ullmann LZ. 1907 S. 201, OLG. Colmar Rechtspr. d. OLG. 7, 57; dasselbe Recht 1905 S. 565 Nr. 2283, 3, OLG. Königsberg, Recht 1908 Nr. 181, 4.

Vorliegen muß für eine solche (s. schon o.) jedenfalls Gläubigerbenachteiligung, wobei aber auch die Benachteiligung künftiger Gläubiger in Betracht kommt[138]. Im Einzelnen ist zu scheiden:

1. Wenn bei Eingehung der Ehe[139] Gütergemeinschaft vereinbart wird[140], so unterliegt es keinem Zweifel, daß die Gläubiger eines Ehegatten dadurch benachteiligt werden können. Denn durch die Konkurrenz der Gläubiger des andern Gatten, die sich nun an das Gesamtgut halten können, wird die Lage der Gläubiger des einen Gatten verschlechtert, wenn dieser bei Eingehung der Ehe Mittel besaß, der andere dagegen nicht[141]. Außerdem werden jedenfalls die künftigen Gläubiger der Frau benachteiligt, soweit sie nicht Gesamtgutsgläubiger sind, da ihnen der Zugriff auf das im Gesamtgut steckende Vermögen der Frau vereitelt wird[142]. Ein solcher Vertrag kann zwar nicht aus dem Gesichtspunkt der unentgeltlichen Verfügung angefochten werden[143], dagegen[144] aus dem der entgeltlichen,

---

[138] So d. h. M.; so Jäger, Gläubigeranfechtung S 159 (A. 15), S. 185 (A. 63), 187 (A. 66), 188 (A. 67), vgl. S. 160 (A. 15), Jäger 21 zu § 32 KO., Ullmann LZ. 1904, 207, Hellmann a. a. O. S. 341, Henle Bl. f. Rechtsanw. Bd. 70, S. 757, derselbe J. W. 1906, S. 700 A. 1, R. G. Recht 1904, S. 167 f. Nr. 779 (J. W. 1904, S. 152 f. Nr. 30), Wieruszowski Rh. Arch. Bd. 103 S. 374, Bd. 104 S. 347 Anm. 111; a. M. Meikel Bl. f. Rechtsanw. Bd. 70 S. 385, K. Meyer J. W. 1904 S. 32, ders. Zentralbl. a. a. O., 4 f. OLG. Karlsruhe, Recht 1903, S. 186, Nr. 1066, S. 458, Nr. 2394 (aufgehoben durch das RG., s. Recht a. a. O.).

[139] S. dazu auch Henle J. W. 1906, S. 701 A. 2.

[140] S. über diesen Fall speziell Wieruszowski Rh. Arch. 104. S. 293 ff.

[141] So Hellmann a. a. O. S. 344 Anm. 6, Meikel a. a. O. S. 382, Jäger, Gläubigeranfechtung S. 188 A. 67, Wieruszowski Rh. Arch. Bd. 103, S. 359, Bd. 104, S. 300 ff., s. auch Henle J. W. 1906, 705, Ullmann J. W. 1904. S. 133 (betreffend Ersetzung des gesetzlichen Güterstands durch Gütergemeinschaft), anders K. Meyer Centralbl. a. a. O. 10 f.

[142] So auch Jäger, Gläubigeranfechtung, S. 188 (A. 67), Ullmann LZ. 1907, S. 207, Wieruszowski a. a. O., S. 296 ff., 310 f. (soweit das Frauenvermögen bei gesetzlichem Güterstand in weiterem Umfang Vorbehaltsgut der Frau geworden wäre, als bei Gütergemeinschaft).

[143] Denn mag auch der eine Gatte vermögenslos sein, der andere bemittelt, immer liegt ein Entgelt seitens des ersteren in der Wirkung des Vertrags, daß nun sein künftiger Erwerb nicht mehr ihm allein gehört, Hellmann a. a. O. S. 345, s. gegen Annahme unentgeltlichen Vertrags bezw. unentgeltliche Verfügung, hier auch K. Meyer Centrlbl. a. a. O. 10, Planck D. J. Z. 1905, S. 564. Daß die Vereinbarung von Gütergemeinschaft auch bei großer Verschiedenheit der beiderseitigen Vermögensverhältnisse keine „Schenkung" darstelle, nimmt auch — betr. andere Fragen — an E. B. OLG. Bd. 9, S. 614, OLG. Augsburg LZ. 1919, S. 117 f.; betr. § 2325 B.G.B., Planck (III. Auflage) 2a zu § 2325, s. auch Wieruszowski, der Rh. Arch. Bd. 103, S. 384 bezüglich des die Gütergemeinschaft einführenden Vertrags selbst den Charakter als unentgeltliche Verfügung verneint („gewagtes Geschäft"), aber Schenkungsanfechtung zuläßt, betr. durch den Ehevertrag vermittelte, Dritte begünstigende Zuwendungsvorgänge, Rh. Arch. Bd. 104, 306 oben, 311, Bd. 103, S. 384 f., A. 43, vgl. 359, s. auch Ullmann J. W. 1904, S. 133.

[144] S. zum folgenden Hellmann a. a. O., S. 344 f., Wieruszowski Rh. Arch. Bd. 104, S. 293 ff., bes. 298 A. 12, 308 f., 311, Bd. 103 S. 359. Bei Konkurs des Mannes und Benachteiligung der Gläubiger der besser situierten Frau erfolgt hier die Anfechtung außerhalb des Konkursverfahrens nach Anfechtungsgesetz, nicht nach KO., seitens der Frauengläubiger, nicht seitens des Konkurverwalters, gegenüber den begünstigten Mannesgläubigern, so Falkmann 575 f., A. 20, Wieruszowski a. a. O.

wenn die sonstigen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit gegeben sind[145 146].

2. Wird während der Ehe die Gütergemeinschaft aufgehoben und Gütertrennung vereinbart[147], so wird das Vermögen der Frau dem Gesamtgut und folglich der Konkursmasse des Mannes entzogen und das Eigenvermögen des Mannes, soweit die Verbindlichkeiten der Frau Gesamtgutsverbindlichkeiten sind, in den Grenzen des § 1459 Abs. 2 Satz 2 B.G.B. von der Haftung befreit[148]. Es werden also — betr. das erstere — durch die Aufhebung — als solche[149] — zwar nicht die gegenwärtigen Gläubiger, da

---

Bd. 104, S. 308 f., bes. bei A. 41, Jäger, Gläubigeranfechtung, S. 188 f. (A. 67), Ullmann LZ. 1907, S. 207, ders. J. W. 1904, S. 133.

[145] Entsprechendes gilt, wenn statt bisheriger Gütertrennung (diesen Fall behandelt speziell Henle J. W. 1906, 705), oder bisherigem gesetzlichen Güterstand, Gütergemeinschaft vereinbart wird (letzteren Fall behandelt speziell Ullmann LZ. 1907, 206 ff.), s. Hellmann S. 345, 3b 3c. Ebenso bei Umwandlung von Vorbehaltsgut (oder von Bestandteilen eines solchen) — ohne Änderung des bestehenden Güterstands der allgemeinen Gütergemeinschaft — in Gesamtgut, s. Hellmann S. 345 A. 1. Für Anfechtbarkeit in den genannten Fällen auch Jäger, Gläubigeranfechtung, S. 188 (A. 67), Henle a. a. O., Ullmann LZ. a. a. O. 205 ff., Jäger a. a. O. (zustimmend Ullmann a. a. O., 206 Anm. 19, 207 o.), vertritt die Ansicht, daß in derartigen Fällen (er spricht zusammenfassend von „Verwandlung von eingebrachtem Gut oder Vorbehaltsgut in Gesamtgut") auch unentgeltliche Verfügung vorliegen könne. Das ist nach Lage des Einzelfalles zu beurteilen, betr. den letzten Fall, so auch Wieruszowski Rh. Arch. 103, S. 383, 388; zu verneinen betr. die beiden ersteren Fälle, so auch ders. a. a. O., S. 384.

[146] Es kommt hier und in den Fällen Anm. 145 nicht nur der Fall des Konkurses des Mannes in Betracht, von dem wir hier ausgehen, s. auch Jäger, Gläubigeranfechtung, S. 189 A. 64, Wieruszowski Rh. Arch. Bd. 104, S. 308, sondern auch der der Frau (nach Abschluß des Ehevertrags): eventuelle Benachteiligung von bisherigen und künftigen Gläubigern der Frau dadurch, daß nur Vorbehaltsgut im Sinne der §§ 1440, 1441 B.G.B. ihre Konkursmasse bildet, s. Ullmann a. a. O. S. 208 f., Wieruszowski a. a. O. S. 298, Anm. 12, 311, hier Anfechtung nach KO. durch den Konkursverwalter, s. die genannten, und vgl. oben Anm. 142.

[147] S. über diesen Fall speziell Wieruszowski Rh. Arch. 104, S. 345 ff.

[148] Hellman S. 341, Henle a. a. O. 703 2a γ, Wieruszowski Rh. Arch. Bd. 103, S. 355 f.

[149] Es wird hier die Frage der Anfechtungsmöglichkeit nur für den Gütertrennungsvertrag als solchen — mit den Wirkungen, Rechtsänderungen, die sich an ihn als solchen knüpfen — erörtert. Selbstverständlich können in concreto in einem Gütertrennungsvertrag noch bes. Vereinbarungen (bes. betr. die Auseinandersetzung) getroffen sein, oder ihm folgen, welche die Anfechtbarkeit begründen. So lag der Fall bei den E. d. RG. Gruchots Beitr. Bd. 48, S. 958 ff., Bd. 50, S. 382 ff., und bes. bei der E. RG. LZ. 1908, S. 394 ff. (Gütertrennung an Stelle von Fahrnisgemeinschaft). Das RG. erkennt in letzterer Entscheidung im Grunde — freilich nicht ganz deutlich — diese Scheidung an, wenn es ausführt, der Ehevertrag als solcher, indem er an Stelle des bestehenden Güterrechts ein anderes setzt, und die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten ausgestaltet, sei kein Gegenstand der Anfechtung, „nur insoweit er mit einer Vermögensentäußerung verknüpft ist" (undeutlich, s. o.!), könne er denkbarer Weise in den Rahmen des Anfechtungsgesetzes fallen. In dieser Richtung auch Jäger, Gläubigeranfechtung, S. 189 (Anm. 69), (betr. Auseinandersetzung im Vollzug des an sich unanfechtbaren Ehevertrags), RG. JW. 1914, 106 f., Nr. 35 (wo Anfechtbarkeit des Gütertrennungsvertrags — statt gesetzlichen Güterstands — „als solchen" dahingestellt gelassen wird), OLG. Stettin Rechtspr. d. OLG. 24, S. 8 (betr. Aufhebung des gesetzlichen Güterstands), Staudinger 2d zu § 1432, (es komme für die Frage der Anfechtbarkeit auf die Umstände des Einzelfalles, bes. den Inhalt des in Frage stehenden Ehevertrags an), Planck DJZ. 1905, S. 564, s. auch Hamm DJZ

ihnen nach wie vor das Gesamtgut haftet[150], so doch die künftigen Gläubiger des Mannes, die bei Fortdauer der Gütergemeinschaft Gesamtgutsgläubiger geworden wären[151], durch den Gütertrennungsvertrag benachteiligt[152 153]. Die Benachteiligung der künftigen Gläubiger genügt (s. o.) an

---

daselbst, S. 55, und bes. Wieruszowski Rhein. Arch. Bd. 103, S. 344 ff., mit seiner Unterscheidung zwischen personengüterrechtlichen und verkehrsgüterrechtlichen Rechtsgeschäften zwischen den Ehegatten, s. bes. S. 349 ff., das. für unseren Fall der Gütertrennung (mag man auch im Einzelnen a. M. sein). Deutlich in dieser Richtung ist die unten noch zu besprechende E. d. RG. Bd. 57, S. 81 ff. (Gütertrennung statt Fahrnisgemeinschaft), welche Anfechtbarkeit im Hinblick auf die eo ipso eintretenden nachteiligen Wirkungen der Gütertrennung (Mietzinsen eines eingebrachten Grundstücks der Frau in Zukunft dem Zugriff der Mannesgläubiger nicht mehr unterliegend) bejaht, ebenso Wenz LZ. 1908, S. 925 (die Anfechtung begründende Benachteiligung könne schon darin liegen, daß Vermögensstücke aus dem eingebrachten Gut der Frau, die seither ins Gesamtgut flossen, künftig dahin nicht mehr fließen, z. B. Mietzinsen aus einem zum eingebrachten Gut der Frau gehörigen Haus).

[150] Wieruszowski a. a. O. 352 o., S. 353, nennt auch die (z. Zt. der Gütertrennung) gegenwärtigen Gläubiger, aber von Benachteiligung dieser kann wohl nicht gesprochen werden, s. o. und Wieruszowski selbst, S. 346 bei Anm. 108, 347 bei Anm. 111.

[151] Wieruszowski a. a. O. 347, 350 f., 354 A. 137 f., 354 f. meint auch die künftigen Gläubiger der Frau, die bei Fortdauer der Gütergemeinschaft Gesamtgutsgläubiger geworden wären. Dies wird sich aber kaum nachweisen lassen. Es wird deshalb hievon im folgenden abgesehen.

[152] Hellmann a. a. O. 341, Wieruszowski a. a. O. S. 347 ff., 352 ff. Ebenso erscheinen die Frauengläubiger durch das Aufhören der persönlichen Haftung des Mannes (s. o. bei Anm. 148) als benachteiligt. Dies kommt im Konkurs der Frau in Betracht, s. Planck III, 7 zu § 1459 (der bei Erlöschen der persönlichen Haftung des Mannes durch den die Gütergemeinschaft aufhebenden Ehevertrag zwar mit Recht eine Anfechtung wegen Benachteiligung der Gläubiger der Frau nicht auf Grund des § 32 Nr. 2 KO. — § 3 Nr. 4 Anfechtungsgesetz — geben will, da die Gläubiger der Frau nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Vermögen der Frau und aus dem Gesamtgut haben, — letzteres werde nach § 1480 B.G.B. durch die Aufhebung nicht berührt —, ein Recht auf Befriedigung aus dem Vermögen des Mannes nur während der Dauer der Gütergemeinschaft, auf deren Fortdauer sie kein Recht besitzen, aber meint, die Anfechtbarkeit könne sich auf Grund des § 31 Nr. 2 KO., § 32 Nr. 1 KO. [§ 3 Nr. 2, 3 Anfecht.Ges.] ergeben). A. M. Henle a. a. O. 703, 2a, γ der hier Anfechtbarkeit überhaupt leugnet (die persönliche Haftung des Mannes während der Gütergemeinschaft sei für diese nur eine zufällige Gunst, aus der sie keine Rechte ableiten können) (übrigens den Fall schief unter „Gefahren für die Gläubiger des Mannes" behandelt). Ebenso verneint hier die Anfechtbarkeit überhaupt Wieruszowski a. a. O. S. 354 A. 137b, vgl. daselbst Bd. 103, S. 355 f. (wegen fehlender Schmälerung des Schuldnervermögens). Das Ergebnis dieser beiden ist wohl richtig, wie aus dem sofort, S. 32 ff. Auszuführenden, das auch hier entsprechend gilt, hervorgehen wird, aber wohl aus andern als den von ihnen angeführten Gründen.

[153] Weitere mögliche Benachteiligungen der Gläubiger des Mannes und der Frau durch Vereinbarung von Gütertrennung statt gesetzlichem Güterstand führt Henle JW. 1906, S. 703 f. an und will hier z. T. Anfechtung geben. Dieselben sind wohl aber z. T. zweifelhafter Natur, jedenfalls praktisch wenig von Bedeutung, z. T. verneint er selbst, daß sie für Anfechtungen in Betracht kommen (S. 703 f. 2a δ, S. 704 2b γ). Jedenfalls gilt auch hier entspr. gegen Anfechtung das unten S. 32 ff. Auszuführende. Wieruszowski a. a. O. S. 351 f., 354, 355, 359 will als weiteren Nachteil die „Entgemeinschaftung des künftigen Erwerbs" der Gatten behandeln, dies kann aber wohl nicht als Gläubigerbenachteiligung in Betracht kommen (Ablehnung künftigen Erwerbs für die Gütergemeinschaft). Weitere Benachteiligungen, die er anführt (S. 355 ff., s. auch 362 und Bd. 103, S. 357) („Konkurrenzwirkungen"), sind praktisch wenig von Bedeutung (übrigens

und für sich[154], um die Anfechtbarkeit eines güterrechtlichen Ehevertrages zu begründen, aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit der Ehegatten kann auch in dieser speziellen Beziehung[155] nichts gegen die Anfechtbarkeit gefolgert werden[156]. Der Annahme der Anfechtbarkeit widerspricht jedoch der Grundgedanke des § 1468 Nr. 5 und des § 1469 B.G.B. Hellmann[157], dem wir uns hier anschließen, führt dazu aus: „Es bliebe nichts anderes übrig, als die Anfechtbarkeit anzunehmen, wenn sie nicht in Widerspruch trete mit dem Grundgedanken, von dem das B.G.B. in den §§ 1468 Nr. 5, 1469 ausgeht, und der darin besteht, daß ein Ehegatte die Aufhebung der Gemeinschaft soll verlangen dürfen, wenn durch die Gesamtgutsverbindlichkeiten des andern Ehegatten sein künftiger Erwerb gefährdet wird. Es ist vernünftigerweise nicht denkbar, daß das Gesetz die Berechtigung zu diesem Verlangen gerade unter den für die Gläubiger des andern Gatten bedenklichsten Umständen verliehen habe und zugleich die Anfechtung der Erfüllung dieses Verlangens durch die Gläubiger zulassen wollte[158]. Die Zahlungseinstellung des Mannes beispielsweise wäre ein Umstand, der die Frau zum Verlangen der Aufhebung der Gemeinschaft berechtigen könnte. Sollte nun gerade die Befriedigung ihres wegen der Zahlungseinstellung begründeten Aufhebungsanspruches anfechtbar sein wegen derselben Zahlungseinstellung? Noch viel weniger kann von einer Anfechtbarkeit aus dem Gesichtspunkte der unentgeltlichen Verfügung[159] die Rede sein oder aus dem der Befriedigung, die der aufhebungsberechtigte Gatte nicht zu verlangen hätte[160], so blieben für die Anfechtbarkeit nur die Fälle übrig, wo der Gütertrennungsvertrag in der Absicht der Gläubigerbenachteiligung abgeschlossen worden wäre. Aber selbst in diesen Fällen kann Anfechtbarkeit nicht angenommen werden; denn die Verleihung des Rechtes an einen Gatten wegen einer Überschuldung des Gesamtguts durch Gesamtgutsverbindlichkeiten des andern Gatten, die den späteren Erwerb des ersteren gefährdet, Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, umfaßt die Fälle mit, wo der aufhebungsberechtigte Gatte weiß, daß die künftigen Gläubiger des andern durch die Aufhebung benachteiligt werden und der andere Gatte in die Aufhebung mit der ausgesprochenen Absicht einwilligt, jenen den Anteil des aufhebungsberechtigten Gatten am Gesamtgut zu entziehen. Wollte das Gesetz aber auch in einem solchen Falle die Aufhebung, so konnte es nicht wollen, daß die Aufhebung aus demselben Grunde anfechtbar sei, aus dem sie verlangt werden kann. Ist aber die Aufhebung nicht anfechtbar, wenn sie unter Umständen geschieht, unter denen sie für die Gläubiger des einen Gatten besonders gefährlich ist,

gehören sie nach dem o. Anm. 144 Bemerkten z. T. überhaupt nicht hierher, anders speziell in den Bd. 104, S. 357 behandelten Fällen).

[154] Wird dies verneint, so wäre der Gütertrennungsvertrag, sofern er auch § 1480 B.G.B. keine Benachteiligung der gegenwärtigen Gläubiger des Mannes enthält, überhaupt unanfechtbar, Hellmann a. a. O. S. 341.

[155] Allgemein s. o. Anm. 137.

[156] Hellmann a. a. O. S. 341 a. M., Meikel a. a. O. S. 385.

[157] a. a. O. S. 341 f.

[158] „Vgl. E. G. z. B.G.B. Art. 32" (Hellmann a. a. O. S. 341 A. 8).

[159] „KO. § 32 Nr. 2, vgl. RG. Bd. 57, S. 87".

[160] „KO. § 30 Nr. 2".

so kann sie überhaupt nicht angefochten werden. Hellmann[161] kommt hienach zu dem Ergebnis, daß der Anfechtbarkeit die Verträge entrückt sind, durch die an Stelle des bestehenden Güterstands der Gütergemeinschaft Gütertrennung gesetzt wird. Von dieser Auffassung weicht freilich ab die h. M.[162], insbesondere die Ansicht des Reichsgerichts E. Z. Bd. 57 S. 83 ff. Nach Ansicht des Reichsgerichts a. a. O.[163] soll die Anfechtung des Gütertrennungsvertrags aus allen Anfechtungsgesichtspunkten (bes. nach § 32 Ziff. 2 KO. aus dem Gesichtspunkt der unentgeltlichen Verfügung) zulässig sein, nur nicht mehr nach der Spezialbestimmung des § 25 Nr. 2 Halbs. 2 der frühern KO., wonach anfechtbar war „eine innerhalb dieses Zeitraums (der letzten 2 Jahre vor Konkurseröffnung) von ihm (dem Gemeinschuldner) bewirkte Sicherstellung oder Rückgewähr eines Heiratsgutes oder des gesetzlich in seine Verwaltung gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, sofern er nicht zu der Sicherstellung oder Rückgewähr durch das Gesetz oder durch einen vor diesem Zeitraume geschlossenen Vertrag verpflichtet war". Diese Bestimmung sei bei Schaffung der Konkursnovelle gestrichen worden wegen Unvereinbarkeit mit den Vorschriften des B.G.B.[164]. In dem Gesetz sei aber nicht zum Ausdruck gelangt, daß solche Güterstandsänderungsverträge der Anfechtung, speziell aus § 32 Ziff. 2, soweit er unverändert beibehalten wurde, entzogen seien[165]. Auch sonst in der Judikatur und in der Literatur wird angenommen, daß dieser Streichung nicht die Bedeutung eines Ausschlusses der Anfechtung bei derartigen Güterstandsänderungsverträgen zukomme, auch nicht der aus § 32 Ziff. 2 (soweit beibehalten), der jetzige Wortlaut biete keinen Anhalt für die Annahme solchen Ausschlusses[166].

---

[161] a. a. O. S. 346.

[162] S. z. B. Jäger, Gläubigeranfechtung S. 187 (A. 66), der bei Verwandlung von Gesamtgut in Vorbehaltsgut (wie er es zusammenfassend s. u. Anm. 175 nennt) Absichts-, Schenkungs- und bes. Konkursanfechtung geben will, und zwar auch im Interesse späterer Gläubiger, Mentzel 5 zu § 32 (Anfechtbarkeit der Rückgewähr des eingebrachten Gutes nach §§ 31 Z. 1 und 2, 30 u. U. auch 32 KO.), Wieruszowski a. a. O. 361 f. (nicht Schenkungsanfechtung, aber Absichts- und besondere Konkursanfechtung).

[163] Die Entscheidung betrifft, wie o. Anm. 149 erwähnt, Vereinbarung von Gütertrennung an Stelle von Fahrnisgemeinschaft und den Gütertrennungsvertrag als solchen (so auch Wenz am o., Anm. 149 erwähnten Ort, anders die daselbst zit. ERG. LZ. 1908, S. 394 ff.), gegen die Entscheidung außer Hellmann, bes. Planck DJZ. 1905, S. 561 ff., Ullmann JW. 1904, S. 351 ff.

[164] S. Begr. zur Konkursnov., S. 33 f. (Hahn-Mugdan Bd. VII S. 240 f.).

[165] Ähnlich (worauf obige Entsch. sich beruft) RG. JW. 1901, S. 385 f. In dieser Entscheidung ist formuliert: „daß . . . die Absicht bestanden hätte, Geschäfte dieser Art (es handelte sich um Rückgewähr von eingebrachtem Gut) der Anfechtung aus den unverändert beibehaltenen Vorschriften der §§ 24 Z. 2, 25 Z. 1 (jetzt 31 Z. 2, 32 Z. 1) zu entziehen, ist im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommen und auch sonst nirgends ausgesprochen worden."

[166] So Jäger, Gläubigeranfechtung S. 185 (A. 63); so wie das Gesetz jetzt laute, biete es keinen Anhalt dafür, daß die Anfechtung ehegüterrechtlicher Geschäfte in Zukunft ausgeschlossen oder auch nur erschwert sein solle, vielmehr beurteile sich die Anfechtbarkeit einer Rückgewähr von Frauengut nach den allgemeinen Regeln §§ 30—32 KO., ähnlich Jäger 21 zu § 32 KO. (so wie das Gesetz nun laute, biete es keinen Anhalt dafür, daß die Anfechtbarkeit ehegüterrechtlicher Geschäfte, mögen sie die Einführung oder Aufhebung eines Güterstandes im Ganzen oder nur dessen Änderung in einzelnen Beziehungen zum Inhalt haben, für die Zukunft ausgeschlossen oder auch nur erschwert sein sollte. Die Anfechtbarkeit einer Sicherung oder Rückgewähr von

Es spielt dabei die — u. E. unrichtige – sogenannte „Ausdruckstheorie[167]“ eine Rolle, nimmt man wie oben vertreten[168], eine Absicht des Gesetzgebers in dieser Richtung an — das Reichsgericht a. a. O. äußert sich darüber nicht[169] —, so ist das Verlangen besonderen sprachlichen Ausdruckes zu bezweifeln. Übrigens ist, wie Hellmann[170] richtig bemerkt, gar nicht die Änderung des § 25 KO. alter Fassung das Entscheidende, sondern die Einführung der Bestimmungen des B.G.B. betr. das Recht der Gatten auf Aufhebung des bestehenden Güterstands, deren Folge nur diese Änderung ist. Wenn Hellmann[171] freilich weiter bemerkt, man könne sogar sagen, daß die genannte Absicht in der Streichung des genannten Halbsatzes 2 zu genügendem Ausdruck gelangt sei, so ist dem nicht beizutreten. Er meint, der gestrichene Satz erkläre u. a. für anfechtbar die Rückgewähr innerhalb der letzten 2 Jahre vor Konkurseröffnung, die Streichung sage also, daß diese Rückgewähr *nicht mehr* anfechtbar sein solle, auch nicht aus dem Gesichtspunkte der unentgeltlichen Verfügung, wie die Rückgewähr früher anfechtbar sein sollte ohne Untersuchung der Frage, ob sie eine unentgeltliche Verfügung war oder nicht, so solle sie jetzt unanfechtbar sein ohne Frage, ob sie das eine oder das andere ist. Damit ist aber in die Streichung selbst zu viel hineingelegt, mit ihr selbst ist nur gesagt, daß diese Rückgewähr nicht mehr anfechtbar sein solle ohne Rücksicht auf die Frage der Unentgeltlichkeit der Verfügung (wie das bisher der Fall gewesen war, s. die Fassung: „sowie eine . . . . Rückgewähr“ usw.). Aus der Streichung allein würde also nichts gegen das Weiterbestehen einer Anfechtbarkeit bei und wegen Unentgeltlichkeit folgen, wie sie oben das Reichsgericht a. a. O. S. 86 annimmt. Es läßt sich aber weiter noch – speziell betr. die Anfechtung unter diesem Gesichtspunkt bezweifeln, ob ein Gütertrennungsvertrag an sich (als solcher)[172] eine *unentgeltliche* Verfügung überhaupt darstellt, s. da-

Frauengut beurteile sich nach den allgemeinen Regeln §§ 30—32 KO.), Wieruszowski Rh. Arch. Bd. 103, S. 336 f., Kleinfeller, Buschs Zeitschrift für Zivilproz. Bd. 25, S. 90 (die Möglichkeit der Anfechtung einer Sicherstellung ohne Anspruch nach § 32 Z. 2 KO. werde durch die Streichung ebensowenig berührt, als die Sicherstellung und Rückgewähr unter den Voraussetzungen der §§ 30, 31 anzufechten), OLG. Kolmar Rechtspr. des OLG. 7, 57 f. (an der Anfechtbarkeit der vertragsmäßigen Aufhebung der Gütergemeinschaft sei durch das jetzt geltende Recht nichts geändert, auch nicht durch die Änderung des § 25 Z. 2 KO., keineswegs sei die Absicht des Gesetzgebers gewesen, Verträge über Änderungen des ehelichen Güterstands und eine in solche gekleidete Rückgewähr der Anfechtung der Gläubiger zu entziehen). K. Meyer, JW. 1904, S. 32, derf. Zentralbl. a. a. O. S. 6.

[167] S. über und gegen dieselbe Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (1914) S. 142 ff., speziell 156 f.

[168] Selbstverständlich – s. o. Anm. 149 – nur betr. die Gütertrennungsverträge *als solche*.

[169] Ebensowenig die oben Anm. 165 zit. Entsch. In deren Fassung (s. o.) sind zwei Fragen vermengt: a) Ob diese Absicht bestanden hat? b) Ob, wenn ja, sie „Ausdruck“ im Gesetz gefunden hat? Die oben Anm. 166 zit. Entsch. des OLG. Colmar verneint die 1. Frage, die Anm. 165 zit. Entsch. vermengt beide Fragen, die E. RG. 57, S. 85 f. äußert sich nur — negativ — zu der zweiten (nicht richtig Hellmann a. a. O. S. 343 Abs. 2).

[170] a. a. O. S. 343.

[171] a. a. O. S. 343.

[172] S. oben Anm. 149.

gegen, bes. Planck[173]. Und jedenfalls — wie auch das RG. a. a. O. S. 87 zugibt — ist wohl zweifellos, daß Anfechtbarkeit wegen Unentgeltlichkeit ausgeschlossen ist, wenn im konkreten Fall die Gütertrennung vereinbart wurde auf Grund einer Sachlage, welche die Frau zum Begehren der Aufhebung — evtl. durch Klage erzwingbar — nach §§ 1468, 1469 B.G.B. berechtigt[174] (vgl. § 1470 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.)[175].

§ 4

Der Konkurs der Ehefrau.

I. Allgemeines.

Eine besondere Regelung des Konkurses der Ehefrau haben wir in unserer Konkursordnung nicht. Es sind darüber zwar schon speziell für den Fall des gesetzlichen Güterstandes in der ersten Kommission[176] und in der zweiten Kommission[177] für die Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Erörterungen gepflogen worden. Die Regelung wurde jedoch in der ersten Kommission einer allgemeinen Revision der Konkursordnung vorbehalten. In der zweiten Kommission und bei der Beratung der Novelle zur KO. wurde trotz der Anregungen, die in dieser Richtung in der Literatur gegeben wurden[178], eine Regeluung nicht vorgenommen mit der Begründung, daß bei den äußerst seltenen Fällen des Konkurses der Ehefrau, die nicht Handelsfrau ist, ein Bedürfnis nicht gegeben sei, bei der Handelsfrau der Unterschied zwischen Vorbehalts- und Vollschulden (s. u. III. 2, c) nur geringe praktische Bedeutung habe, für die wenigen übrigbleibenden Fälle die Praxis an Hand der allgemeinen Grundsätze zu einem angemessenen Ergebnis gelangen werde[179]. Dies trifft nun freilich nicht zu, die Schwierigkeiten sind vielmehr beim Schweigen des Gesetzes sehr erhebliche.

[173] DJZ. 1905, S. 560 ff., speziell S. 563 f., Wieruszowski a. a. O. 361 und Bd. 103, S. 385 („gewagtes Geschäft"), Staudinger 2d zu § 1432, s. auch OLG. Hamburg Rechtspr. der OLG. 6, 157, OLG. Düsseldorf Rhein. Arch. Bd. 104, S. 117 A. M., besonders Jäger, Gläubigeranfechtung S. 186 (A. 63), Reichsgericht a. a. O. S. 86, Mentzel 5 zu § 32 (Gütertrennung statt gesetzlichen Güterstands), OLG. Colmar Rechtspr. der OLG. 7, 57 f. (Gütertrennung statt Fahrnisgemeinschaft), OLG. Dresden Recht 1903 S. 83 Nr. 396 (betr. Gütertrennung statt gesetzlichen Güterstands).

[174] S. auch Staudinger a. a. O., Jäger, Gläubigeranfechtung S. 187 Anm. 66, Wieruszowski, Rh. Arch. Bd. 103, S. 383.

[175] Wird Gesamtgut in Vorbehaltsgut verwandelt (ohne Änderung des bestehenden Güterstands der allgemeinen Gütergemeinschaft), so kann dies anfechtbar sein, sofern dadurch einem Gatten mehr zukommt, als ihm bei der Auseinandersetzung gebühren würde, so Hellmann a. a. O. S. 346. Es entspricht dies dem oben Anm. 149 Ausgeführten. Für eventuelle Anfechtbarkeit im Fall solcher Verwandlung auch Jäger, Gläubigeranfechtung S. 187 (Anm. 66), RG. JW. 1904, S. 152 f. Nr. 30, K. Meyer Zentralbl. a. a. O. 11, s. dazu auch Wieruszowski, Rh. Arch. Bd. 103, S. 382 f., 388 (die Aufhebung der Gesamtgutseigenschaft selbst sei entgeltliches Rechtsgeschäft, erst der Auseinandersetzungsvertrag könne der Schenkungsanfechtung ausgesetzt sein).

[176] Mot. IV, 259.

[177] Prot. VI, 767 ff.

[178] S. Seuffert DJZ. 3. Jahrgang (1898), S. 119 f.

[179] S. Prot. a. a. O. 770, Komm.-Ber. bei Hahn-Mugdan Bd. VII, S. 286 f.

Die einzige Vorschrift im Gesetz dahingehend, daß durch den Konkurs über das Vermögen der Ehefrau beim Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft das Gesamtgut nicht berührt werde (§ 2 Abs. 2 KO.) ist insofern eigentlich überflüssig, zum mindesten (s. u. V) für den Konkurs der nicht gewerbetreibenden Ehefrau, als nach § 860 Abs. 1 ZPO. der Anteil der Ehefrau am Gesamtgut und an den einzelnen Gegenständen desselben unpfändbar ist und gemäß § 1 KO., wonach nur das einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen in die Konkursmasse fällt, nicht zur Konkursmasse gezogen werden kann, als das Recht, die Auseinandersetzung des Gesamtguts zu verlangen, den Gläubigern nicht zusteht, sie auch nicht die Möglichkeit haben, durch Auflösung der Gütergemeinschaft die Auseinandersetzung herbeizuführen, das Gesamtgut als Ganzes analog § 16 KO. ohne bes. gesetzliche Bestimmung also auch nicht in die Konkursmasse fallen würde und die bes. Bestimmung, die nur bezüglich des Mannes, bei dem das Gesagte auch zutrifft[180], im § 2 Abs 1 KO. gemacht ist, selbstverständlich nicht entsprechend bezüglich der Frau angewendet werden könnte. Einmal nicht, weil sie nur vom Mann redet, aber dann auch aus einem inneren Grund: weil nämlich[181] (der Grund dieser Sonderbehandlung des Manns)[182] das Gesamtgut den Gläubigern der Frau nicht schlechthin haftet wie den Gläubigern des Mannes[183]. Daß diese Sonderbestimmung bezüglich des Mannes auf die Frau keine Anwendung finde, ist aber in Abs. 2 noch besonders ausgesprochen, was von Bedeutung ist (s. u. V) beim Konkurs der gewerbetreibenden Frau, letzteres kann den ausdrücklichen Ausspruch rechtfertigen.

II. Konkursgrund (vorläufig) und Konkursantrag Wirkungen der Konkurseröffnung.

1. Konkursgrund ist (s. auch noch unten IV) mangels besonderer Vorschriften wie beim gewöhnlichen Konkurs (§ 102 KO.) Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin, die nach der Gesamtvermögenslage zu beurteilen ist, obwohl hier bei der allgemeinen Gütergemeinschaft die Gründe, welche für die Zahlungsunfähigkeit, nicht Überschuldung als Konkursgrund den Ausschlag gegeben haben[184], kaum zutreffend sind. Denn das, was die Frau durch ihre Arbeit erwirbt, wird Gesamtgut[185], sodaß, selbst wenn die Frau ein gutes Arbeitseinkommen hat, für die Gläubiger der Frau die Hoffnung auf eine Besserung der Vermögenslage der Frau trotz Überschuldung nicht

[180] S. Jäger 10 zu § 2 betr. § 860 Abs. 1 ZPO.
[181] S. Jäger 10 zu § 2.
[182] S. Jäger a. a. O., Petersen 2 zu § 2, A. B. Schmidt 8c zu § 1459, Opet-Blume 9a zu § 1459, Seuffert, Konkursprozeßrecht S. 85. Die Begründung zur Nov. Hahn-Mugdan VII, 233, ebenso Sarwey-Bossert 1 zu § 2 reden zu unbestimmt von der Stellung, die hinsichtlich des Gesamtguts der Mann nach außen einnimmt.
[183] Jäger a. a. O. will damit (seine näheren Ausführungen s. daselbst) die Bestimmung des § 2 Abs. 2 KO. rechtfertigen. Er rechtfertigt damit aber nur ihren sachlichen Inhalt — der nach dem o. Gesagten selbstverständlich ist —, nicht die Tatsache ihres ausdrücklich Ausgesprochenseins.
[184] S. Jäger 3 zu § 102.
[185] S. Staudinger 2b α, zu § 1441 B.G.B.

besteht. Richtigerweise sollte hier Überschuldung der Konkursgrund sein. Bei dem ohnehin seltenen Falle des Frauenkonkurses ist dem allerdings keine große Bedeutung zuzumessen, zumal meist Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit zusammentreffen werden.

2. Zum Antrag auf Eröffnung des Konkurses ist die Frau berechtigt. Ihr Antrag ist Gemeinschuldnerantrag. Kein Antragsrecht hat der Ehemann als solcher (wenn er nicht Gläubiger der Frau ist)[186]. Antragsberechtigt sind auch alle Gläubiger der Frau, gleichgültig ob sie Vollgläubiger oder Vorbehaltsgläubiger (s. u. III, 2, c) sind. Sie müssen nur den Nachweis erbringen, daß sie eine persönliche Forderung an die Gemeinschuldnerin haben und daß die Frau zahlungsunfähig ist. Sie brauchen nicht nachzuweisen, daß das Sondergut oder das Vorbehaltsgut oder beide durch ihre Forderungen erschöpft werden. Dies wäre der Nachweis der Überschuldung. Dies ist aber nicht Erfordernis für die Konkurseröffnung, s. noch näher u. IV. Gegen die Eröffnung hat der Ehemann kein Beschwerde- oder Widerspruchsrecht, auch nicht auf Grund seiner Rechte am Sondergut (s. u. III 2 b)[187]. Nach § 109 KO. steht dies nur der Ehefrau als Gemeinschuldnerin zu.

3. Die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Ehefrau hebt die Gütergemeinschaft nicht auf, es kommt gegebenenfalls nur eine Aufhebungsklage des Mannes nach § 1469 B.G.B. in Betracht[188]. Konkursgläubiger, Gläubiger der Frau, die, weil zugleich Gesamtgutsgläubiger, einen Vollstreckungstitel gegen den Ehemann schon erwirkt haben oder während des Verfahrens erwirken, können nach § 740 ZPO. in das Gesamtgut vollstrecken. Obgleich das Gesamtgut *auch* Vermögen der Gemeinschuldnerin ist, steht § 14 KO. nicht entgegen, weil sie ja nur als Gläubiger des *Mannes* auftreten, wenn sie die Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut betreiben[189]. Da das Recht der Ehefrau am Gesamtgut nicht zur Masse ihres Konkurses gehört (s. sofort), verfügt sie im Fall des Frauenkonkurses über dasselbe in gleicher Weise wie ohne solchen[190].

---

[186] Was er z. B. auch nach § 1441 Halbs. 2 vgl. 1427 Abs. 2 B.G.B. sein kann, freilich nur betr. Rückstände (§ 1427 Abs. 2 Satz 2 B.G.B.). So Wieruszowski, Handb. a. a. O. II, 347, A. 84, Jäger 38 zu § 2 (für den entsprechenden Fall der Gütertrennung), Bartels 51 (ebenso), Mentzel S. 27 (ebenso), Kauder 40 f. (ebenso), Gastell 48 f. (ebenso), Königswarter 15 (ebenso). Zu weitgehend (wohl nur im Ausdruck) Planck IXb zu § 1459 und besonders (in der Sache) Petersen-Kleinfeller 2 zu § 2, s. gegen ihn (gerade betr. unseren Fall) Bartels 55.

[187] S. Bartels 26, Heydemann 16, Oschger 16.

[188] Begr. zur Konkursnovelle Hahn-Mugdan VII, S. 233, A. B. Schmidt 8a, β, zu § 1459, Sarwey-Bossert 1 zu § 2, Jäger 13 zu § 2, Petersen-Kleinfeller 2 zu § 2, Planck IX zu § 1459, Meyer-Bleiyer 9 zu § 2, Bartels 55. Und zwar gegen die *Frau*, nicht gegen den Verwalter, Petersen-Kleinfeller, Bartels a. a. O.

[189] So im Ergebnis, z. T. auch in der Begründung Jäger 11 zu § 2, Wolff 8 zu § 2, Planck IXb zu § 1459, Meyer-Bleyer 9 zu § 2, Mentzel S. 28 Z. 5, A. B. Schmidt 9c β, zu § 1459, Dernburg BR. Bd. IV, V zu § 59, Kauder 18, Bartels 54, Gastell 54. Wohl unbestritten. Sie können dabei die *ganze* Forderung betreiben, nicht nur den Ausfall im Frauenkonkurs, Bartels 54.

[190] Wolff 8 zu § 2 (Fortsetzung von Prozessen durch sie im Fall § 1454 B.G.B., Notwendigkeit ihrer Genehmigung in den Fällen §§ 1444 ff. B.G.B., Erhebung der Aufhebungsklage durch sie, Vornahme der Auseinandersetzung durch sie).

III. Konkursmasse (vorläufig) und deren Verteilung.

1. Zur Konkursmasse (s. auch noch unten IV), welche vom Konkursverwalter in Beschlag genommen wird, gehört nach § 2 Abs. 2 KO. das Gesamtgut nicht[191]. Werden Gegenstände des Gesamtguts zur Konkursmasse gezogen, so hat der Mann das Recht, diese Gegenstände nach § 43 KO., § 1443 B.G.B. aus der Konkursmasse auszusondern[192]. Er braucht dabei nur geltend zu machen, daß diese Gegenstände Gesamtgut seien. Sache des Konkursverwalters ist es, wenn er die Gegenstände nicht herausgeben will, zu beweisen, daß sie zum Sondervermögen (Sondergut oder Vorbehaltsgut) der Frau gehören. Er hat die Vermutung des § 1438 Abs. 1 B.G.B. zu entkräften[193].

2. Für die Konkursmasse bleiben noch das Vorbehaltsgut (§ 1440 B.G.B.)[194] und das Sondergut der Frau (§ 1439 B.G.B.)[195].

a) Keine Schwierigkeiten bereitet dabei die Behandlung des Vorbehaltsguts; in Ansehung dessen wird die Frau behandelt, wie wenn sie in Gütertrennung mit ihrem Manne leben würde, § 1439 B.G.B. Es wird, ohne daß der Mann einen Einfluß ausüben könnte, vom Konkursverwalter beschlagnahmt. Selbst wenn die Frau das Vorbehaltsgut dem Mann zur Verwaltung überlassen hat (s. o. S. 24 f.), kann sich der Mann der Beschlagnahme nicht widersetzen. Er wird dann behandelt wie ein Beauftragter der Frau: durch die Eröffnung des Konkurses erlischt gemäß § 23 KO. ein vom Gemeinschuldner erteilter Auftrag[196]. Die Verwaltung des Mannes hört also auf. Einkünfte, die der Mann bereits bezogen hat, kann der Verwalter nicht zur Masse verlangen, auch wenn sie noch unverbraucht vorhanden sind[197]. Dagegen kann der Mann Einkünfte, die während der Dauer seiner Verwaltung angefallen sind, aber von ihm nicht bezogen wurden, nicht

[191] Daran ändert sich auch nichts durch den Tod der Ehefrau während des Konkurses. Auch nach ihrem Tode können ihre Gläubiger ihren Anteil daran nicht zur Masse ziehen, denn er war z. Zt. der Konkurseröffnung nicht pfändbar, § 860 Abs. 1 ZPO., § 1 KO. Daß er nach ihrem Tode pfändbar wird (§ 860 Abs. 2 ZPO), gibt den Konkursgläubigern kein Recht daran, s. Schröder, Buschs Zeitschrift f., Zivilpr. Bd. 28, S. 31.

[192] So Sarwey-Bossert 1 zu § 2, Jäger 10 zu § 2, Fitting S. 166 A. 40, Petersen-Kleinfeller 2 zu § 2, Planck IXb zu § 1459, A. B. Schmidt 9c, α, zu § 1459, Mentzel S. 28 Z. 5, Meyer-Bleyer 9 zu § 2, Endemann BR. a. a. O. § 182 Z. 2 A. 9, Bartels 52, Gastell 51.

[193] S. Jäger 12 zu § 2, Kauder 45, Gastell 53 (s. 51 u.).

[194] Und dessen Surrogate, s. Jäger 12 zu § 2, vgl. § 1440 B.G.B.

[195] Jäger 12 zu § 2, Meyer-Bleyer 9 zu § 2, Bartels 54, Kauder 11, 19; wogegen Fitting a. a. O., Petersen-Kleinfeller a. a. O. (fehlerhafter Weise) nur das Vorbehaltsgut erwähnen.

[196] Regelmäßig (s. o. S. 24) wird sich das Verhältnis als Auftrag darstellen, sonst (s. Planck III zu § 1430 B.G.B., Staudinger 4 zu § 1430 B.G.B.) als Dienst- oder Werkvertrag mit dem Gegenstand einer Geschäftsbesorgung, wofür aber nach § 23 Abs. 2 KO. dasselbe gilt. S. auch Planck a. a. O. (Anwendbarkeit des § 23 KO.), Kauder 36 f. (ebenso), Quaatz 31 (ebenso) Bartels 44 (ebenso), Gastell 45.

[197] Vgl. o. Anm. 103, Wieruszowski Handbuch a. a. O. II, 494 (Z. 3) Planck II, 1 zu § 1430 B.G.B., Bartels 48 f., Königswarter 18 ff., Gastell 47, Staudinger 3d zu § 1430 B.G.B. (sehr bestritten, s. dort. Lit.). A. M. z. B. Quaatz S. 31, Petersen-Kleinfeller 1 zu § 2, Kauder 39 f.

nachfordern[198]. Hat jedoch der Mann die Einkünfte des Frauenvermögens nicht für sich, sondern im Namen der Frau erworben, so fallen sie in das Eigentum der Frau[199] und gehören damit zur Konkursmasse, da sie Früchte der Masse und nicht Neuerwerb sind. Der Mann kann die Verwaltung fortführen, wenn Gefahr im Verzug ist oder bei entschuldbarer Unkenntnis der Konkurseröffnung (§ 23 Abs. 1 S. 2 KO. vgl. §§ 672 S. 2, 674 B.G.B.). Mit seinen Ersatzansprüchen ist er im ersten Fall Massegläubiger, im zweiten Fall gewöhnlicher Konkursgläubiger (§ 27 KO.)[200].

b) Schwieriger ist die Behandlung des Sondergutes, bei dem nach § 1439 vgl. §§ 1525 Abs. 2, 1410 ff. B.G.B. die Grundsätze betr. eingebrachtes Gut beim gesetzlichen Güterstand zu entsprechender Anwendung kommen[201], die im Konkursfall sehr umstritten sind, speziell in zwei Punkten: Verhältnis des Rechts der Konkursgläubiger zum Recht des Mannes am eingebrachten Gut und Konkurrenz zweier verschieden berechtigter Gläubigergruppen. Wie das Sondergut des Mannes, so ist auch das Sondergut der Frau in der Regel unpfändbar und damit konkursfrei[202]. Sind Sondergutsgegenstände aber der Ausübung nach übertragbar, so gehören sie ihrem Ertrag nach zur Konkursmasse der Frau, so ein ihr zustehender Nießbrauch[203]. Fallen danach ausnahmsweise Gegenstände des Sonderguts in die Konkursmasse, so finden darauf, wie gesagt, die Regeln entsprechende Anwendung, welche für das eingebrachte Gut der Frau beim gesetzlichen Güterstand gelten. Das Recht der Nutzverwaltung des Sondergutes durch den Mann hört durch die Konkurseröffnung nicht auf[204]. Aus § 1411 B.G.B. vgl. §§ 1, 3 KO. ist jedoch der Schluß zu ziehen, daß grundsätzlich das Recht des Konkursverwalters auf Beschlagnahme des Vermögens der Frau (§ 117 KO.) dem Nutzverwaltungsrecht des Mannes vorgeht[205]. Das Nutzverwaltungsrecht des Mannes ruht nur und lebt wieder auf, sobald

[198] Staudinger a. a. O.

[199] Planck II, 2 zu § 1430 B.G.B. Staudinger 3g zu § 1430 B.G.B., Wieruszowski Handbuch a. a. O. II, 494 (sub. b).

[200] S. Quaatz a. a. O., Bartels 45, Kauder 37.

[201] Entsprechend ist im Folgenden die in dieser Richtung erwachsene Literatur und Judikatur zu berücksichtigen.

[202] Jäger 12a zu § 2, Planck IXb zu § 1459. Insoweit fallen die Nutzungen des Sonderguts der Frau nicht in die Konkursmasse, sondern in das Gesamtgut, s. Planck a. a. O., Gastell 53 oben. Übertragbare Surrogate von Sondergut (z. B. Entgelt für Verzicht auf einen Nießbrauch) werden nach § 1439 B.G.B. Gesamtgut, Jäger 12a zu § 2, Staudinger 4 zu § 1439 B.G.B. War aber ein Sondergutsgegenstand konkursbefangen, dann fällt der Masse auch der beschlagsfähige Ersatz zu, z. B. die Geldersatzforderung, die der Ehefrau wegen Entziehung der Nutzungen im Fall rechtswidriger Zerstörung der nießbrauchsbelasteten Sache erwächst, Jäger 12a zu § 2.

[203] Jäger 12a zu § 2; Planck IXb, zu § 1459, Gastell 250.

[204] So wenig wie beim eingebrachten Gut des gesetzlichen Güterstands, so Ullmann Güterrecht 244, Jäger 33 zu § 2, Planck 15 zu § 1411 B.G.B.; RGE. 73 S. 239, Quaatz 34, Bartels 26, Königswarter 29, Oschger 17, Heydemann 29.

[205] S. im Ergebnis grundsätzlich für solche Priorität des Rechts des Konkursverwalters beim gesetzlichen Güterstand RGE. 73, 239 f., Petersen-Kleinfeller 7 zu § 2, KRGR. 2 zu § 1411, Krück 38, 40, Quaatz 34, Gastell 21 f., Kauder 33, Heydemann 20 ff., 23 ff., 67; Jäger 33 zu § 2 (S. 67 f.) 35 zu § 2 (S. 70 f.), Mentzel 26 Z. 2. Die Begründung ist freilich verschieden, so z. B. Oschger 18 f. einerseits, Heydemann 23 ff. andererseits. Siehe darüber unten.

das Recht des Konkursverwalters außer Kraft tritt, sei es durch Freigabe aus der Konkursmasse oder durch Einstellung des Konkurses. Aber es muß dem obengenannten Recht weichen. Der Grund ist, daß das Sondergut der Frau grundsätzlich zu deren Konkursmasse gehört, daher vom Konkursbeschlag getroffen wird, weil es Frauenvermögen ist und grundsätzlich für die Schulden der Frau haftet[206]. Der Konkursverwalter kann daher vom Manne die Herausgabe — zu Besitz und Verwaltung — des in die Konkursmasse fallenden Sonderguts verlangen[207]. Zur Einbeziehung des Sonderguts in die Masse bedarf er keines besonderen Titels auf Duldung konkursmäßiger Verwertung des Nutzvermögens, wie z. Tl.[208] mit Berufung auf § 739 ZPO. behauptet worden ist[209]. Bei Weigerung des Mannes kann

---

[206] S. die zit. §§ (1411 B.G.B.; 1, 3 KO.). Entspr. betr. eingebrachtes Gut grundsätzlich dafür, daß das eingebrachte Gut zur Masse gehört, der Konkurs über das Vermögen der Ehefrau schlechthin über ihr *ganzes* Vermögen eröffnet wird, Planck 15 zu § 1411 (der Konkurs werde über das ganze Vermögen der Frau eröffnet); Reg. Vertr. Kom. Ber. f. Hahn-Mugdan VII S. 287 (im Konkurs über das Vermögen der Frau gehöre „an sich" das eingebrachte Gut zur Konkursmasse), Meyer-Bleyer 6a zu § 2, Hellmann 152 bei A. 3, Jäger 33 (s. 67 u.), 35 (S. 70 u. zu § 2); A. B. Schmidt 9b, α, γ zu § 1411; Crome Bd. IV, § 580, III; Wilmowski 8 zu § 43; Gastell 21; Kauder 15, 34, 35, 46 f.; Heydemann 19, 26 f., 38, 64; Quaatz 32, 34 f., 37; Oschger 12, 17. Über die Frage, ob *Ausnahmen* hievon bestehen, s. u. c, bb. A. M. grundsätzlich Königswarter bes. S. 45 betr. eingebrachtes Gut der Frau, es gehöre an sich nicht zur Masse (könne nur zu ihr gezogen werden auf Grund besonderen Titels, s. u. Anm. 209). Seine Ansicht vergewaltigt den klaren Wortsinn des § 1411 B.G.B. (a. a. O. S. 32. f.) und führt zu unpraktikabeln Resultaten, s. u. Anm. 207 und 209.

[207] So entspr. betr. eingebrachtes Gut RGE. a. a. O. 239 ff., Jäger 33 zu § 2 (S. 68); Mentzel 26 Z. 2, Gastell 13, 22; Quaatz 34 f.; Krück 35 ff.; Oschger 18; Meyer-Bleyer 6b zu § 2; KRGR. 2 zu § 1411; Ullmann Güterr. 249, 252 f. A. M. Wolff 10 zu § 2, s. gegen ihn Jäger 33 zu § 2 (S. 68). Anders auch Schröder 39 A. 1, der Besitz, Nutzung und Verwaltung am eingebrachten Gut dem Mann belassen will. Betr. z. T. vertretene Beschränkungen der Herausgabepflicht s. u. Anm. 263 und Anm. 264. Der Grund für das o. Vertretene ist eben, daß das eingebrachte bzw. Sondergut zur Konkursmasse gehört, daher der ausschließlichen Verwaltung und Verfügung des Konkursverwalters unterliegt und zwar von Konkurseröffnung an, s. Jäger a. a. O. S. 68. Anders in letzterer Beziehung Königswarter S. 70 f., der Verwaltungsrecht des Mannes am eingebrachten Gut auch noch *nach* Konkurseröffnung annimmt (bis zur Durchsetzung der Duldung „konkursmäßiger Vollstreckung", s. u. Anm. 208). Dies würde praktisch zu den größten Unzuträglichkeiten führen, gegen die eine Anfechtung nicht helfen würde, da ein Recht hiezu nicht besteht, s. Jäger a. a. O. auch Gastell 13 A. 1, Heydemann 25 f., Oschger 19.

[208] So W. Hein, Duldung der Zwangsvollstreckung 1911 S. 5. Er verlangt einen solchen Titel, vom Konkursverwalter gegen den Mann zu erwirken. Weiter Königswarter, Rechtsstellung des Mannes zum Frauengut S. 47 ff., bes. S. 50.

[209] Siehe dagegen Jäger 33 zu § 2 (S. 68). Die ganze Auffassung fällt theoretisch mit der These, daß eingebrachtes Gut (bzw. Sondergut) nicht an sich zur Masse gehöre. Es bestehen zwei Möglichkeiten: entweder dasselbe fällt eo ipso in die Masse (der Mann hat dann ein Widerspruchsrecht dagegen, daß Nichtvollgläubiger daraus befriedigt werden, s. u. Anm. 222). So die h. M., s. o. Anm. 207. Oder dasselbe fällt nicht eo ipso in die Masse, sondern nur wenn es auf Grund besonderen Titels in dieselbe einbezogen wird (so Hein S. 5, Königswarter 45, 47 ff.), der Titel ist zu erwirken durch Klage des Konkursverwalters. Diese letztere Ansicht widerspricht den o. S. 39 f. bei Anm. 205 angeführten Stellen. Die Analogie von § 739 ZPO. geht fehl, da im Gegensatz zur Einzelvollstreckung beim Konkurs die Prüfung und Feststellung der Forderungs- und Haftungsverhältnisse nicht der Einleitung des Verfahrens *voranzugehen* hat, sondern *während* des Konkurses erfolgt. Praktisch wäre die zweite Ansicht wenig angemessen (s. Anm. 207), s. auch Jäger, a. a. O.

der Verwalter die Herausgabe im Wege der Klage und Zwangsvollstreckung erzwingen[210] und kann sogar den Mann zum Offenbarungseid treiben[211].

c) Da hinsichtlich der Haftung ein Unterschied[212] der Vorbehaltsgläubiger, denen nur das Vorbehaltsgut haftet[213], und der Vollgläubiger der Frau, denen Vorbehalts- und Sondergut haftet[214], besteht, so fragt es sich, wie im Hinblick hierauf die Konkursmasse der Frau sich gestaltet und die Befriedigung der Gläubiger im Konkurse zu erfolgen hat. Wir unterscheiden drei Fälle[215]:

aa) Es sind nur Vollgläubiger vorhanden. Dann bildet alles Frauenvermögen, auch wenn Vorbehalts- und Sondergut vorhanden ist[216], eine einheitliche Konkursmasse, da hier alle Konkursgläubiger ohne Rücksicht auf die Verwaltung des Mannes Befriedigung aus dem ganzen Frauenvermögen verlangen können[217].

bb) Sind nur Vorbehaltsgläubiger vorhanden und ist Vorbehalts- und Sondergut da[218], so gehört nach der herrschenden Meinung, die bes. Jäger vertritt[219], das Sondergut überhaupt nicht zur Konkursmasse, da der Mann den Konkurs so wenig zu dulden brauche wie die Einzelvollstreckung. Er zieht daraus den Schluß, daß in diesem Fall der Konkursverwalter die Herausgabe des Sondergutes zur Konkursmasse überhaupt nicht beanspruchen könne. Diese Ansicht ist unseres Erachtens nicht richtig. Da bei Konkurseröffnung im voraus regelmäßig nicht festzustellen ist,

---

[210] RGE. a. a. O. S. 240. KGRG. a. a. O., Meyer-Bleyer 6b zu § 2, Ullmann Güterr. 249, 252 f., Jäger a. a. O., Mentzel, S. 26 Z. 2, Heydemann 26.

[211] Jäger a. a. O., Meyer-Bleyer 6c zu § 2, vgl. auch RGE. a. a. O. S. 243.

[212] Siehe z. B. Staudinger 1 zu § 1411 B.G.B., Seuffert Konkursprozeßrecht S. 87.

[213] In dem Sinne, daß sie nicht Befriedigung aus dem Sondergut verlangen können ohne Rücksicht auf das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes (s. § 1411 B.G.B.).

[214] In dem Sinne, daß sie (s. § 1411 B.G.B.) Befriedigung aus dem Sondergut verlangen können ohne Rücksicht auf das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes.

[215] Aus den verschiedenen Möglichkeiten betr. Gläubigerklassen: nur Vollgläubiger (s. u. aa), nur Vorbehaltsgläubiger (s. u. bb), Voll- und Vorbehaltsgläubiger (s. u. cc) in Verbindnng mit den Möglichkeiten betr. Gütermassen: beide Gütermassen, nur Vorbehaltsgut — eine sehr zu beachtende Möglichkeit, da Sondergut, selbst wenn vorhanden, nur ausnahmsweise, als regelmäßig der Singularvollstreckung entzogen, in die Masse fällt —, nur Sondergut, ergeben sich im Ganzen neue mögliche Kombinationen, von denen einige freilich wenig praktisch sind.

[216] Ist nur Vorbehalts- oder nur Sondergut vorhanden, so besteht die Masse nur aus diesem, das einfach verteilt wird.

[217] So entspr. (betr. das eingebrachte Gut) Jäger 33 zu § 2 (S. 67), Meyer-Bleyer 6e zu § 2, Hellmann a. a. O. S. 152; Seuffert, Konkursprozeßr. S. 87, Quaatz 36, Eberhard 210 f. (s. aber auch u. IV, Anm. 263); Bartels 27, s. aber unten Anm. 263); Endemann a. a. O. § 179 Z. 5 (s. auch Anm. 263), Kauder 47, Heydemann 61 f., Oschger 20 f., 36. Es ist daher auch das ganze Sondergut (entspr. eingebrachtes Gut) herauszugeben. Näheres über diese Frage u. Anm. 263 und 264.

[218] Über den Fall, daß nur das eine oder andere vorhanden ist, s. u. S. 71 Anm. 1.

[219] Betr. das eingebrachte Gut. S. Jäger 34 zu § 2, Mentzel S. 26 Z. 1, Fitting S. 42, 167; Hellmann 152, Seuffert Konkurspr. 87, Labes ZHR. 62, 118 f., Eberhard 212, A. B. Schmid 9b, β zu § 1411, Krück 29 f., 46, Endemann B. R. a. a. O. § 175, 5b, Bartels 43, Oschger 36, und — nicht bloß bei bb, s. o. Anm. 206, 208, 209 — Königswarter 45.

welche Gläubiger Vollgläubiger und welche Vorbehaltsgläubiger sind und ob nicht beide vorhanden sind, und sich dies erst im Laufe des Konkurses feststellen läßt, muß schon aus diesem praktischen Grunde der Konkurs als solcher über das ganze Frauenvermögen (Vorbehalts- und Sondergut) eröffnet werden, es ist eben unmöglich, die Frage der Zugehörigkeit zur Masse, die sofort mit der Konkurseröffnung aktuell wird, von der zu dieser Zeit nicht übersehbaren Zusammensetzung der Gläubigerschaft abhängig zu machen. Dies folgt weiter aus dem Grundsatz, daß das ganze der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners zur Konkursmasse gehört (§ 1 KO.), danach gehört das Sondergut auch hier an sich zur Masse[220] [221]. Ein Aussonderungsrecht steht dem Mann auf Grund seines Nutznießungs- und Verwaltungsrechts nicht zu[222]. Der Mann hat lediglich ein Widerspruchsrecht, ein Recht, sich der Zwangsvollstreckung zu widersetzen[223], d. h. er kann verlangen, daß das Sondergut nicht zur Befriedigung der Vorbehaltsgläubiger verwendet wird; sind *nur* solche vorhanden, was zunächst (s. o.) zweifelhaft sein kann und fast stets sein wird, daß es überhaupt nicht zur Gläubigerbefriedigung verwendet wird[224]. Die im Zu-

---

[220] So auch bes. Quaatz 37 (das Eingebrachte als Teil des Frauengutes gehöre grundsätzlich auch dann zur Masse, wenn alle Gläubiger Vorbehaltsgläubiger sind), Kauder 46 f., Gastell 21 f., „an sich" auch Planck 15 zu § 1411, Reg. Vertr. Komm.-Ber. a. a. O., die aber ein Aussonderungsrecht des Mannes bejahen (s. sofort u. Anm. 222).

[221] Dies läßt sich auch damit rechtfertigen, daß das Sondergut (entspr. wie das eingebrachte Gut) den Vorbehaltsgläubigern nicht einfach *nicht* haftet, wie sich bei Wegfall der eheherrlichen Verwaltung und Nutznießung bes. durch den Tod der Frau zeigt (s. Staudinger 2e zu § 1411; RGE. 58, S. 38), ebenso bei Nichtgeltendmachung seiner Rechte in diesem Konkurs seitens des Mannes (s. u. Anm. 234), sondern nur insofern und insoweit nicht, als das Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Ehemannes den Vorbehaltsgläubigern entgegensteht.

[222] Das Sondergut (entspr. das eingebrachte Gut) gehört ja der Gemeinschuldnerin. So auch Ullmann 243 f., 252, 253, 255; Quaatz 37, Kauder 46, Gastell 21, Heydemann 19 f. Anders die h. M.: Seuffert Konkurspr. 87, 92 A. 8, Opet-Blume 5b vor § 1410, Krück 44 f., 46, A. B. Schmidt 9b, δ, zu § 1411, Crome Bd. IV, § 580 III, Königswarter 43 ff., auch Planck und Reg. Vertr. a. a. O., Schröder a. a. O. S. 39 A. 1 nimmt in Konsequenz seiner oben Anm. 207 angeführten Ansicht ein Aussonderungsrecht des Mannes überhaupt (nicht bloß im Fall bb) an.

[223] Für ein solches Widerspruchsrecht des Mannes bes. Labes ZHR. 62, 130; Heydemann 9, 29 ff., 33 f., 37 ff., Crome a. a. O., Wilmowski 8 zu § 43, Gastell 25 f., 34 ff., Kauder 14 ff., 30, 33 ff., 47; Rud. Schmidt Krit. V. J. Schr. 54, S. 442 (gegen Hein), auch Ullmann Güterr. 253, 254, 256; a. M. bes. Hein a. a. O. 5 ff., der nicht ein Widerspruchsrecht des Mannes, sondern der Vollgläubiger (des Konkursverwalters für sie) annimmt, dafür (s. o. Anm. 208) einen Titel auf Duldung der konkursmäßigen Verwertung des Nutzvermögens gegen den Mann verlangt, zu erwirken seitens des Konkursverwalters, der für die Vollgläubiger auftritt, und Königswarter S. 32 ff., 57 f., 60. Eigenartig Krück 56: kein Widerspruchsrecht des Mannes mehr nach Eröffnung des Verfahrens (dann nur noch solches des Verwalters, S. 58).

[224] Die Fälle, daß von Anfang an absolut klar feststeht — schon bei Konkurseröffnung — daß *kein* Gläubiger Vollgläubiger ist und daß der Ehemann *allen* gegenüber das *Widerspruchsrecht ausübt* (s. o. Anm. 223, auch unten 44 f., Anm. 234) sind ganz exzeptionell, s. auch A. B. Schmid 9c, δ, zu § 1411 (der deshalb trotz seiner Anm. 219 zit. Ansicht ausführt, der Konkursverwalter handle richtig, wenn er Vorbehaltsgut und eingebrachtes Gut zur Masse ziehe, da das Vorhandensein von Gläubigern beider Art die Regel bilden werde), s. auch Dernburg B.R. V, zu § 48 Anm. 13. Sollte der Fall je vorkommen, so wäre freilich die Heranziehung

sammenhang damit erörterte Streitfrage, ob der Konkursverwalter die nuda proprietas des Sonderguts verwerten darf[225], ist belanglos, da der Fall praktisch ohne Bedeutung ist. Dieselbe Ansicht betr. die Behandlung des Sonderguts, wie o. dargelegt, vertritt auch Quaatz[226]. Auch nach ihm gehört hier das eingebrachte Gut (entspr. hier das Sondergut) grundsätzlich zur Masse[227]. Solange nicht feststeht, daß keiner der Gläubiger Befriedigung aus dem eingebrachten Gut verlangen könne, habe der Verwalter auch dieses in Besitz und Verwaltung zu nehmen[228]. Sache des Mannes sei es, mit Einwendung bezw. Klage geltend zu machen, daß die Gläubiger nicht Vollgläubiger sind, sondern nur Vorbehaltsgläubiger[229], d. h. solche, denen nur das Vorbehaltsgut haftet, und daß ihnen eine Befriedigung aus dem Sondergut nicht zustehe. Diese Klage stützt sich aber nicht auf ein „Aussonderungsrecht" des Mannes[230]. Die Frage, ob im Falle des Vorhandenseins nur von Vorbehaltsgläubigern ein Sonderkonkurs über das Vorbehaltsgut stattfindet, wie Jäger[231] annimmt, erledigt sich dadurch von selbst. Ein Aussonderungsrecht hat der Mann nicht und er kann auch nicht die Herausgabe des Sonderguts verweigern. Da das gesamte Frauengut somit in die Konkursmasse fällt, liegt auch kein Sonderkonkurs vor. Ob im einzelnen Falle nur das Vorbehaltsgut zur Befriedigung der Vorbehaltsgläubiger verwendet wird und verwendet werden darf, kommt darauf an, ob der Mann sein Recht auf Nutznießung und Verwaltung geltend macht. Erst dann ist der Konkursverwalter ge-

---

des doch zur Gläubigerbefriedigung im Konkurs nicht verwertbaren Sonder- (bzw. eingebrachten) Guts seitens des Verwalters eine zwecklose Handlung, die zu unterlassen ist, s. Quaatz 37, Kauder 45, Heydemann 64. Ein „Ausscheidungsrecht" (gegen ein „Aussonderungsrecht" s. schon o. Anm. 222) des Mannes und entspr. darauf gegründete Einrede gegen das Herausgabeverlangen des Verwalters ist hier wohl anzunehmen. Entspr., wenn sich im Laufe des Verfahrens das Gesagte herausstellt, ist das Sondergut (eingebr. Gut) vom Verwalter frei zu geben und eine auf solches „Ausscheidungsrecht" gegründete „Ausscheidungsklage" dem Manne gegeben. So auch Quaatz 47, Bartels 23, 43, Oschger 20, Heydemann 64 f., Kauder 46 (die alle ein Aussonderungsrecht verneinen), s. auch Meyer-Bleyer 6d zu § 2 (Anspruch auf Ausscheidung dem Aussonderungsrecht entspr.). Diese Einwendung bzw. Klage stützt sich aber nicht eigentlich darauf, daß das Sondergut (eingebr. Gut) „nicht zur (Soll-) Masse gehöre" (Beschlagswirkung! s. o.), sondern darauf, daß sein Ziehen zur Masse (Ist-Masse) bzw. Verbleiben in der Masse (Ist-Masse) der Sachlage nach zwecklos (s. o.) und eine unbillige Belastung für den Mann wäre.

[225] Die „Aussonderung" wird z. Tl. (nur) auf das Nutznießungs- und Verwaltungsrecht des Mannes bezogen, so Opet-Blume 5b zu § 1411 (dagegen speziell Ullmann Güterr. 244 A. 26), dann kann diese Frage aufgeworfen werden. Verneinend betr. dieselbe Jäger 34 zu § 2, Meyer-Bleyer 6d zu § 2, Bartels 23, Krück 46, bejahend Hellmann S. 152.

[226] Quaatz a. a. O. S. 36 ff.

[227] S. 37, s. o. Anm. 220.

[228] S. 37.

[229] s. S. 37, s. auch Labes a. a. O. S. 130.

[230] a. a. O. S. 37 f., s. das dort Dargelegte.

[231] S. Jäger 34 z. § 2, ebenso Fitting a. a. O. 42, 167, Mentzel S. 26 Z. 1; v. Tuhr, Allg. Teil des B.G.B. Bd. I (1910) 340; Krück 24, 29 ff., Bartels 43, Labes ZHR. 62, 118 f., A. M. bes. Hellmann 127 A. 3 Abs. 2, auch Eberhard 212 f., obwohl er die Masse auf das Vorbehaltsgut beschränken will (s. o. Anm. 219), Königswarter 24 ff., bes. 26.

halten, die Vorbehaltsgläubiger nur aus dem Vorbehaltsgut zu befriedigen[232].

cc) Schwierig wird die konkursrechtliche Gestaltung, wenn Vollgläubiger und Vorbehaltsgläubiger zusammentreffen und Sondergut und Vorbehaltsgut vorhanden ist[233]. Da die Vollgläubiger ein Recht auf ausschließliche und vorgehende Befriedigung aus dem Sondergute nicht haben (s. sofort) und nur das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Mannes am Sondergute dem Zugriff der Vorbehaltsgläubiger im Wege steht, so unterliegt, wenn der Mann die Geltendmachung seiner Rechte unterläßt, das ganze Sondervermögen der Frau (Vorbehalts- und Sondergut) dem Zugriff aller Gläubiger und dient zu ihrer gleichmäßigen Befriedigung[234]. Hat der Mann aber seinen Widerspruch geltend gemacht, so ist folgendes anzunehmen. Auch hier ist der Konkurs als einheitlicher[235] über das

---

[232] Wenn bei Vorhandensein nur von Vorbehaltsgläubigern (denen der Widerspruch des Mannes entgegensteht) nur Sondergut vorhanden ist, so kommt, wenn es von Anfang an klar ist, Nichteröffnung des Konkurses wegen Mangels an Masse (§ 107 KO.) in Betracht, wenn es nachher klar wird, Einstellung desselben wegen Mangels an Masse (§ 204 KO.). So auch Kauder 34, Oschger 16. Ist die Situation noch nicht geklärt, gilt das Entspr. wie bei bb. Ist bei Vorhandensein nur von Vorbehaltsgläubigern nur Vorbehaltsgut vorhanden, so besteht die Masse nur aus diesem, das einfach verteilt wird.

[233] Über den Fall, daß hier nur Vorbehaltsgut oder nur Sondergut vorhanden ist, s. u. S. 48 und Anm. 255.

[234] S. auch Quaatz 33, 40, 43, 48; Ullmann Güterr. 256, Opet-Blume 5a vor § 1410, Endemann BR. a. a. O. § 179 Z. 5c; Wilmowski 8 zu § 43, Hellmann 152 bei A. 3, Eberhard 215, Heydemann 33, 34, 36 f., 41, 69; Kauder 15, Bartels 39, Gastell 44, s. auch 55 (wo mit Recht bemerkt wird, daß dies gerade beim Sondergut — im Unterschied vom eingebr. Gut bei gesetzlichem Güterstand — praktisch werden könne), s. auch entspr. Mentzel S. 27 (Einwilligung des Mannes), Planck 15 zu § 1411 (die Zustimmung zur Befriedigung aus eingebrachtem Gut kann der Mann auch in Ansehung einer Verbindlichkeit erteilen, die z. Zt. der Konkurseröffnung nur Vorbehaltsschuld war) und entspr. Staudinger 2b zu § 1411 (die Gläubiger haben kein Widerspruchsrecht, wenn der Mann Vorbehaltsgläubigern die Zwangsvollstreckung ins eingebrachte Gut gestattet; daß die Frau kein Widerspruchsrecht hat, s. daselbst 2a zu § 1411). A. M. bes. mit der Begründung, ein solcher „Verzicht" des Mannes auf sein Nutzverwaltungsrecht sei ungültig, Knitschky, Mecklenb. Z. f. Rechtspfl. Bd. 18 S. 162 ff., Königswarter S. 60, gegen generelle Zulässigkeit auch Oeschger 11 f., Krück 10 ff. Ob der Mann durch einseitige Erklärung auf sein Nutzverwaltungsrecht verzichten kann, ist strittig; für die Zulässigkeit Th. Wolff, Jur. Lit. Bl. Bd. 27, S. 134 f. (Rezension von Königswarters Arbeit), Bartels 36 ff., dagegen (außer Knitschky, Königswarter a. a. O.), Krück 6, Jäger 35 zu § 2 (der eine Erklärung zu Vorbehaltsgut durch Ehevertrag, § 1368 B.G.B. verlangt), gegen generelle Zulässigkeit auch Oeschger 6 f. Aber es handelt sich hier gar nicht um einen eigentlichen „Verzicht" auf sein Nutzverwaltungsrecht überhaupt, sondern um Nichtgeltendmachung seiner Rechte einzelnen oder allen Gläubigern der Frau gegenüber in diesem Konkurs, s. auch Heydemann 36, Th. Wolff a. a. O., und vgl. die o. angeführte Stelle bei Staudinger mit 2d zu § 1411 (wo er einen Verzicht des Mannes auf sein Nutzverwaltungsrecht für wirkungslos erklärt, aber nicht für ausgeschlossen einen Verzicht auf solches an einzelnen Gegenständen des eingebrachten Guts).

[235] Also — die erste und Grundfrage — nicht Eröffnung von zwei getrennten („Sonder"-)Konkursen — einen über eingebrachtes, einen über Vorbehaltsgut —, wie de lege ferenda früher vorgeschlagen (s. bes. Seuffert, DJZ. 1898, S. 120) und auch de lege lata z. Tl. vertreten (so von K. Meyer, Bl. f. Rechtsanw. Bd. 64, S. 9, früher — in der ersten Auflage des Kommentars — auch von Jäger).

ganze Sondervermögen der Frau eröffnet, bezw. zu eröffnen, dieses bildet an sich die Masse. Nun kommt aber der Gegensatz von Vorbehalts- und Vollgläubigern in Betracht. Außerhalb des Konkurses besteht ein Ausschließungs- oder Vorausrecht der Vollgläubiger betr. Befriedigung aus dem Sondergut nicht[236], und es ist daher nicht einzusehen, wieso infolge der Konkurseröffnung ein solches Recht erwachsen soll[237]. Die Vollgläubiger sind einfache Konkursgläubiger wie die Vorbehaltsgläubiger, keine Gruppe hat einen Vorrang gegenüber der andern, im Prüfungs- und Feststellungsverfahren ist ein Unterschied nicht gegeben[238]. Die logische Folge davon wäre die unterschiedslose Behandlung beider Gläubigergruppen bei Verteilung des ganzen Frauensondervermögens, Verteilung des letzteren als einheitlicher Masse gemeinschaftlich und gleichmäßig auf Voll- und Vorbehaltsgläubiger[239]. Diese Behandlung würde nun aber zwar nicht die Rechte der Vollgläubiger — die, wie gesagt, kein ausschließliches oder Vorausrecht betr. das Sondergut haben —, aber die Rechte des Mannes verletzen, für den § 1411 B.G.B. eine Herausgabepflicht nur zum Zweck der Befriedigung der Vollgläubiger ergibt[240]. Um allen Interessen der Beteiligten gerecht zu werden, muß daher der Konkursverwalter rechnerisch[241] eine Sonderung zwischen dem Sondergut und dem Vorbehaltsgut und den

---

S. dagegen Ullmann, Güterr. 255 f., Kleinfeller 6 zu § 2, Quaatz 45 ff., Eberhard 214 ff., 59 f., Krück 33 f., Heydemann 67 ff., Oschger 37 f., Königswarter 23 ff., zweifelnd Gastell 39 o., 41. Meyer-Reis-Haidlen 164 A. 5. Sie widerspricht den §§ 1, 2 KO., von denen eine Ausnahme nicht getroffen ist, und führt praktisch zu Schwierigkeiten und Komplikationen.

[236] Vgl. Prot. VI, 769; Staudinger 2b zu § 1411, Endemann BR. § 179 Z. 5, Opet-Blume 7 zu § 1411, Planck 15 zu § 1411, Jäger 35 zu § 2, Ullmann Güterr. 254, Bartels 38, 40; Quaatz 38, 40, Kruder 15, Gastell 26, Heydemann 15, 35 f., 46; Oschger 29 u. speziell gegen die abweichende Meinung von Hein, Duldung a. a. O. S. 6 (die Vollgläubiger haben ein Recht auf Vorausbefriedigung aus dem eingebr. Gut), Rud. Schmidt Keit. V. Z. Schr. 54 S. 442. Nur die Rechte des Mannes am eingebr. Gut stehen dem Zugriff der Vorbehaltsgläubiger betr. dieses im Wege, den Vollgläubigern dagegen nicht, s. o. S. 42 und Anm. 228 daselbst, Jäger 35 zu § 2, Rud. Schmidt a. a. O. 442; Ullmann Güterr. 254, Quaatz 38, 40; Gastell 25 f., Oschger 29.

[237] So auch Jäger 35 zu § 2, Wilmowski 8 zu § 43, Quaatz 38, 40, 43, Seuffert Konkursproz. S. 87 u., Endemann a. a. O. § 179 Z. 5, Ullmann Güterr. 254, 255, Eberhard 215, Gastell 26, 33; Heydemann 32 Anm. 46. A. M. Königswarter 61 f., 65 ff., 67 ff., der den Vollgläubigern ein Vorrecht im Konkurs entspr. § 61 KO. zuschreiben will, auf das die §§ 139, 140, 141 Abs. 2, 145 Abs. 2, KO. anwendbar seien (anders betr. Zwangsvergleich, bei dem unterschiedliche Behandlung von Voll- und Vorbehaltsgläubigern nicht anzunehmen sei), dagegen Jäger a. a. O., zweifelnd Th. Wolff a. a. O. 135. Auch Krück 59 f. will die Bestimmungen der KO. über Vorrechtsforderungen auf die Vollgläubiger entspr. anwenden, z. B. 139, 140 KO., ja sogar betr. Zwangsvergleich eine unterschiedliche Behandlung als möglich annehmen (S. 70 ff.).

[238] S. Jäger a. a. O. Anders Königswarter 64 ff., Krück 59 f., 60 ff. (im Zusammenhang mit der Anm. 237 angegebenen Auffassung).

[239] So früher (3. u. 4. Auflage) in der Tat Jäger Anm. 35 zu § 2, im Fall der Aufzehrung des eingebrachten Guts durch Vollschulden, ebenso Endemann a. a. O. § 179, Z. 5c; von Tuhr a. a. O. I. 340 Anm. 37, Bartels 40 ff. S. dagegen Eberhard 215 f., Königswarter 54 f.

[240] Jäger 35 zu § 2 (S. 70), s. auch Hellmann 153 Anm. 1, Labes ZHR. a. a. O. S. 130.

[241] S. o. Anm. 235.

beiden Schuldarten vornehmen, und zwar hat der Konkursverwalter diese rechnerische Sonderung von Amts wegen durchzuführen. Über diese Frage herrscht in der Theorie jetzt fast Einstimmigkeit[242 243]. Dagegen gehen die Meinungen, wie die in zwei Teile getrennte Konkursmasse zu verteilen sei, auseinander. Es bestehen hier folgende denkbare Möglichkeiten.

1. Die Vollgläubiger können ihre ganze Forderung gegenüber jeder der beiden Massen geltend machen bis zur vollen Befriedigung (entspr. § 68 KO.), also nicht Ausfallhaftung[244]. Dagegen spricht[245], daß es sich hier nicht, wie in § 68 KO., um mehrere Schuldner handelt, also eine völlig andere Situation vorliegt.

2. Ausfallhaftung[246], die Vollgläubiger sind zunächst aus einer der Massen zu befriedigen, erst bei Ausfall und nur mit ihm aus der andern Masse. Hier bestehen wieder verschiedene Untermöglichkeiten. Nämlich α mit der jetzt h. M.: sie sind zunächst allein aus dem eingebrachten bzw. hier Sondergut zu befriedigen, erst bei Ausfall und nur mit ihm aus dem Vorbehaltsgut zusammen mit den Vorbehaltsgläubigern[247]. Oder β: Die Vollgläubiger sind zunächst zusammen mit den Vorbehaltsgläubigern aus dem Vorbehaltsgut zu befriedigen, erst bei Ausfall und nur mit diesem die Vollgläubiger allein aus dem eingebrachten Gut bzw. hier Sondergut[248]. Richtig ist wohl die letzte Ansicht (2, β) aus sofort darzulegenden (s. S. 47 f.) Gründen[249]. Gegen die erstere (2, α) ist außer diesen letzteren noch einzuwenden, daß sie im Grunde die Vollgläubiger behandelt wie Absonderungs-

---

[242] S. Prot. VI S. 770, Reg. Vertr. bei Hahn-Mugdan VII, S. 287, Jäger a. a. O. S. 71 Note 1 und dort Zit., Quaatz 40, 43 ff., Planck 15 zu § 1411, A. B. Schmidt 9c, γ, zu § 1414, Crome Bd. IV, 580, III; Seuffert Konkursproz. S. 87 f., Mentzel S. 27, Krück 48 ff., Eberhard 217, Opet-Blume 5c vor § 1411, Petersen-Kleinfeller 6 zu § 2, Dernburg BR. Bd. IV § 48, V; Labes a. a. O. 130 f., Meyer-Bleyer 6e zu § 2, Königswarter 62 f., A. M. Hellmann 153 (mehr nur formal abweichend, s. sofort Anm. 243), Bartels 23, 39 ff., zweifelnd Gastell 41.

[243] Ein „uneigentliches Absonderungsrecht" will hier den Vollgläubigern Kohler Leitfad. 112 gewähren, was Hellmann 153 f. Anm. nicht dem Ausdruck, aber der Sache nach billigt. S. dagegen Königswarter 57, Oschger 21 f., welch letzterer mit Recht dagegen betont, daß nicht ein den Vollforderungen innewohnendes Recht, sondern das ehemännliche Recht die Verschiedenheit der Haftung bewirkt.

[244] So Reg. Vertr. bei Hahn-Mugdan VII S. 287 (entspr. Anwendung von § 68 KO.), Planck 15 zu § 1411 (Analogie von § 68 KO.), Mentzel S. 27 (entspr. Anwend. von § 68 KO.), Meyer-Bleyer 6e zu § 2 (entspr. § 68 KO.). Die Berechnung führt zu demselben Resultat, wie bei Annahme zweier getrennter Konkurse (Sonderkonkurse), s. Gastell 42.

[245] S. dagegen auch Schröder a. a. O. 40 Anm. 1 (einheitlicher Konkurs und einheitliche Konkursmasse), Ullmann Güterr. 254 f.

[246] Also nicht Anwendung von § 68 KO., s. gegen sie bes. Jäger 35 a. E. zu § 2, Ullmann Güterr. 255, 256, Königswarter 62, Heydemann 58 f., Labes a. a. O. 136 Anm. 59, Krück 65 ff. Dies betr. die Ausführungen bei Bartels 39 f.

[247] So Opet-Blume 5c vor § 1410 (S. 187 f.), Jäger 35 a. E. zu § 2 und S. 71 f. Nr. 1; A. B. Schmidt 9c, γ zu § 1411, Quaatz 43 ff., Seuffert Konkursproz. S. 87, Königswarter 62, Heydemann 56 f., Kauder 50 f., Labes a. a. O. 136, eventualiter Gastell 33, Oschger 34 f., Krück 66 ff.

[248] So Meyer-Reis-Heidlen S. 165 f.

[249] Die gegen diese Ansicht angeführten Argumente bei Quaatz 44 f., Königswarter 63 f. sind u. E. recht schwach.

berechtigte[250], während ihre Stellung (s. o. Anm. 243) doch eine ganz andere ist[251]. Die Verteilung muß danach folgendermaßen geschehen[252]: Zuerst wird[253] das Vorbehaltsgut unter sämtliche Gläubiger prozentual geteilt. Alsdann können die Vollgläubiger, soweit sie mit ihrer Forderung ausgefallen sind, Befriedigung für ihre Restforderung aus dem Sondergut verlangen. Soweit ein Rest von dem Sondergut übrig bleibt, kommt dieser wieder in die Verwaltung des Mannes. Diese Verteilung entspricht durchaus der ungünstigen Stellung, welche die Vorbehaltsgläubiger auch außer-

[250] So ganz offen Heydemann 56.

[251] Schröder 39 f. Anm. 1 will auch, wie o. vertreten, zunächst das Vorbehaltgut unter beide Klassen von Gläubigern im Verhältnis ihrer Forderungen verteilen, aber dann bezüglich des eingebrachten (Sonder-) Guts die Vollgläubiger nicht, wie hier vertreten, bis zur Höhe des ganzen Ausfalls berücksichtigen, sondern (ebenfalls) nur im Verhältnis des Gesamtbetrags der Vollschulden zu dem der Vorbehaltsschulden, so daß rechnungsmäßig auch das eingebr. (Sonder-) Gut unter die beiden Klassen von Gläubigern verteilt wird, und zwar entsprechend wie das Vorbehaltsgut, aber mit der Maßnahme: nur das Vorbehaltsgut wird wirklich konkursmäßig verteilt, die Befriedigung aus dem eingebrachten (Sonder-) Gut, dessen Besitz, Verwaltung und Nutznießung er dem Mann belassen will, ist außerkonkursmäßig zu bewirken (auf Grund eines auf den berechneten Anteilsbetrag lautenden Vollstreckungstitels) seitens der Vollgläubiger sofort (durch Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung), seitens der Vorbehaltsgläubiger erst nach Beendigung der Nutzverwaltung des Mannes. Er geht dabei folgendermaßen vor: Zunächst berechnet er die Dividende auf Grund des Verhältnisses der Gesamtaktiven zu den Gesamtpassiven. Beispiel (nach Schröder): 45000 Aktiva (35000 eingebr. Gut, 10000 Vorbehaltsgut) und 50000 Passiva (38000 Voll-, 12000 Vorbehaltsschulden). Hier 90% Konkursdividende. Diese Konkursdividende wird dann im Verhältnis des Vorbehaltsguts zum eingebrachten Gut, also im Beispiel wie 2 : 7 auf die beiden Gütermassen angewiesen. Sämtliche Gläubiger erhalten zunächst ihre 20% Dividende aus dem Vorbehaltsgut. Die Vollgläubiger können weitere 70% ihrer Forderungen aus dem eingebrachten Gut sofort beitreiben, während die Vorbehaltsgläubiger mit 70% ihrer Forderungen auf künftiges Beitreiben verwiesen werden. Es erhalten also nach Schröder die Vollgläubiger sofort aus dem Vorbehaltsgut 20% von 38000 (anders ausgedrückt: es wird dasselbe im Verhältnis der Gesamtforderungen wie $^{38}/_{50} : {}^{12}/_{50}$ verteilt) = 7600, aus dem eingebrachten Gut 70% von 38000 = 26600 (anders ausgedrückt: es wird dasselbe im Verhältnis der Gesamtforderungen wie $^{38}/_{50} : {}^{12}/_{50}$ verteilt), zus. 34200. Die Vorbehaltsgläubiger erhalten sofort nur 2400 aus dem Vorbehaltsgut. Nach der oben vertretenen Berechnungsart erhalten die Vollgläubiger 7600 aus dem Vorbehaltsgut und 30400 aus dem eingebrachten Gut, zus. 38000, die Vorbehaltsgläubiger ebenfalls 2400 (die Berechnung bei Oeschger 32 beachtet die Ausfallhaftung nicht). Nach der h. M. wäre zu verteilen: 35000 eingebrachtes Gut den Vollgläubigern, so daß diese mit 3000 ausfallen, die 10000 Vorbehaltsgut verteilen sich dann auf 15000 Passiva (12000 Vorbehaltsschulden + 3000 Ausfall = Vollschulden), so daß die Vollgläubiger noch 2000 erhalten, zus. 37000, die Vorbehaltsgläubiger 8000. S. gegen die Ansicht von Schröder, der seine Ansicht nicht begründet, Jäger S. 71 f., Note 1, Quaatz 44 f., Königswarter 53, Heydemann 59. Praktisch spricht gegen dieselbe der große Aktivrest (8400), der dem Mann nach seiner Rechnung vom eingebrachten Gut verbleibt, obwohl das eingebrachte Gut überschuldet ist.

[252] Die o. vertretene Methode unterscheidet sich im Resultat wesentlich von der bei Anm. 224 angeführten (und der Annahme von zwei getrennten Konkursen). Hier würden die Vollgläubiger (Beispiel, Anm. 251) voll befriedigt, sie erhielten 35000 eingebr. Gut, $\frac{28000}{50000}$ von 10000 Vorbehaltsgut = 7600, also Überschuß von 4600, der mit 2400 Verhältnisanteil zus. an die Vorbehaltsgläubiger fällt, die sonach zusammen 7000 erhalten (s. auch Oschger 32 f.). Über den Unterschied im Resultat von der h. M. s. o. Anm. 251.

[253] So auch Meyer-Reis-Heidlen, S. 165 f.

halb des Konkurses gegenüber der Singularexekution einnehmen. Wenn bei der Einzelvollstreckung die Vollgläubiger zuerst auf das Vorbehaltsgut zugreifen und dieses dadurch aufgezehrt wird, so müssen die Vorbehaltsgläubiger sich das gefallen lassen, sie können die Vollgläubiger nicht auf das eventuell große (eingebrachte bezw.) Sondergut verweisen[254] oder zunächst verweisen. Auch hier, im Konkurs, können die Vollgläubiger nicht auf das eingebrachte Gut (Sondergut) zunächst verwiesen werden, vielmehr ist die Verteilungsweise einzuschlagen, die dies vermeidet; diese Vermeidung liegt eben im Interesse der bevorzugten Vollgläubiger.

In dem häufigen Fall, daß Sondergut überhaupt fehlt[255] — häufig, da das Sondergut nur ausnahmsweise in die Konkursmasse fällt als regelmäßig der Singularvollstreckung entzogen —, ist bei Vorhandensein von Vorbehalts- und Vollgläubigern das hier allein die Masse bildende Vorbehaltsgut einfach unter Voll- und Vorbehaltsgläubiger gleichmäßig zu verteilen[256].

VI. Konkursgrund (Fortsetzung) und Konkursmasse (Fortsetzung).

Konkursgrund ist, wie schon o. II, 1 gesagt, in allen Fällen Zahlungsunfähigkeit der Frau, welche nach der Gesamtvermögenslage zu beurteilen ist[257]. Die Unterscheidung von Voll- und Vorbehaltsgläubigern spielt für die Feststellung des Konkursgrundes keine Rolle[258]. Ueberschuldung des Gesamtvermögens ist weder erforderlich noch genügend[259]. Zahlungsunfähigkeit des einen oder andern der beiden Güter kann schon deshalb nicht maßgebend sein, weil[260] man bei Gütern überhaupt nicht von

[254] S. Staudinger 2c zu § 1411 (freie Wahl), A. B. Schmidt 9c zu § 1411.

[255] Praktisch kaum vorkommen dürfte der theoretisch denkbare Fall, daß nur Sondergut vorhanden ist, dagegen beide Klassen von Gläubigern gegeben sind (bei eingebr. Gut ist der entspr. Fall möglich, s. dazu Ullmann Güterr. 243 ff.). Es würde hier Entsprechendes zu gelten haben zu dem S. 44 ff. Dargelegten: gleichmäßige Verteilung des allein die Masse bildenden Sonderguts, wenn der Mann seinen Widerspruch nicht geltend macht, sonst Verteilung desselben nur unter die Vollgläubiger, s. auch Heydemann 62, 63.

[256] S. auch Ullmann Güterr. 242 f., Oschger 37, Heydemann 59, Krück 28. Auch hier zeigt sich die o. erwähnte ungünstige Rechtsstellung der Vorbehalsgläubiger.

[257] So Planck 15 zu § 1411, Heydemann 12, 15, Schröder a. a. O. 39 Anm. 1, Kauder 31 f., 35, grundsätzlich auch Jäger 36 zu § 2, s. aber denselben u. Anm. 261, a. M. die ebendaselbst und Anm. 262 Zit.

[258] So Planck a. a. O., Gastell 27, 28 Anm. 1; Kauder 29, 31, 35; Heydemann 12, 18; Oeschger 13, 14 f., auch Schröder a. a. O. 39 Anm. 1, grundsätzlich auch Jäger a. a. O. (dieser aber mit Beschränkung auf den Fall, daß beide Gläubigergruppen vertreten sind, s. u. Anm. 261), anders die u. Anm. 261 zu Nennenden, bes. Krück 16 f., 19 f., 23 ff., 28 ff., 33; eigenartig Königswarter 72 f. einerseits, 77 andererseits.

[259] S. o. II, 1, Quaatz a. a. O. 37, Kauder 33.

[260] Richtig Heydemann 13 ff., der mit Recht hervorhebt, daß der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ein subjektives, mit der Persönlichkeit verknüpftes Moment enthalte; nur formell abweichend Oeschger 15. A. M. bes. Krück 14 f. In den von ihm zum Beweis des Gegenteils angeführten Fällen handelt es sich um verselbständigte Vermögensmassen (z. B. offene Handelsgesellschaft), was hier nicht zutrifft (Krück nimmt dies allerdings an, S. 4 und öfter).

„Zahlungsunfähigkeit" reden kann [261], auch Ueberschuldung des einen oder andern Guts ist nicht erforderlich und nicht ausschlaggebend [262] (s. §§ 102, 105 KO.). Damit hängt zusammen: auch wenn bezw. auch soweit das Sondergut von den Vollgläubigern nicht aufgezehrt wird, fällt es trotzdem ganz in die Konkursmasse und ist deshalb dem Konkursverwalter ganz her-

---

[261] So auch Heydemann 15, Oschger 14 f. A. M. Ullmann Güterr. 251. (Die Prüfung, ob die Voraussetzungen des Verfahrens vorliegen, können sich nur auf das Vorbehaltsgut erstrecken, Zahlungsunfähigkeit liege vor, wenn die Ehefrau nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungen aus diesem zu leisten), Jäger 34 zu § 2, (S. 69) (wenn nur Vorbehaltsgläubiger vorhanden sind — s. o. III c, bb —, hier sei der Konkursgrund nur in Bezug auf das Vorbehaltsgut festzustellen), ähnlich Eberhard 212 vgl. 210 (wenn nur Vorbehaltsgläubiger vorhanden seien, sei Zahlungsunfähigkeit des Vorbehalts erforderlich). Noch weiter gehend Prot. VI, 769 (Vorbehaltsgläubiger können Konkurs nur in Beschränkung auf das Vorbehaltsgut beantragen und seien hiezu berechtigt, wenn die Frau in Hinsicht auf das Vorbehaltsgut zahlungsunfähig sei); Krück 15 ff. (Zahlungsunfähigkeit in Ansehung des Vorbehaltsguts sei gegeben, wenn die Ehefrau entweder im Vorbehaltsgut selbst nicht genügende präsente Zahlungsmittel besitzt oder sich solche in ihrer Eigenschaft als Inhaberin des Sonderguts nicht hinreichend zu beschaffen vermag; wenn nur Vorbehaltsgläubiger vorhanden sind, beschränke sich die Zahlungsunfähigkeit auf das Vorbehaltsgut, S. 20) s. auch 22, 24 f., 29, 33; Quaatz 37, 39, 47 (bei Vorbehaltsgläubigern — wenn nur solche in Betracht kommen oder ein solcher den Antrag stelle — sei Glaubhaftmachung, nötig, daß die Gemeinschuldnerin in Ansehung des Vorbehaltsguts zahlungsunfähig sei und der Ehemann nicht Zahlung aus dem eingebrachten Gut leiste), s. gegen ihn Kauder 30, Oschger 14 f., Gastell 28 Anm. 1. Das o. Vertretene folgt aus §§ 102, 105 Abs. 1 KO. und ist auch praktisch allein durchführbar (bei Eröffnung des Konkurses ist Scheidung zwischen Voll- und Vorbehaltsgläubigern noch gar nicht möglich, s. Kauder 30, Oschger 15.). Der Konkursgrund ist gegeben, wenn Zahlungsunfähigkeit der Frau überhaupt glaubhaft gemacht ist, d. h. daß sie außerstande ist, ihre fälligen Geldschulden wegen voraussichtlich dauernden Mangels an bereiten Zahlungsmitteln zu bezahlen, s. auch Oschger 15, mag der Antrag von einem Voll- oder Vorbehaltsgläubiger gestellt sein und gleichviel, worin der Grund ihrer Zahlungsunfähigkeit liegt, wie sie umgekehrt zahlungsfähig ist, wenn sie — aus welchen Mitteln immer — ihre Gläubiger befriedigen kann (Oschger 14). Es ist zu ersterem nicht absolut notwendig Glaubhaftmachung, daß der Ehemann seine Zustimmung zu Zahlungen aus dem eingebrachten Gut versagt, a. M. Kauder 25, 26, 27, 29, 35, s. dagegen § 105 KO. (ebenso gegen Kauder Gastell 28 Anm. 1). Aber natürlich kommt solches Versagen bei der Frage der Zahlungsunfähigkeit in Betracht (deshalb z. Teil Schiefes bei Heydeman 14 f., 16 f.,) es fehlen dann eben bereite Mittel zur Zahlung. Wenn Quaatz 39 (s. auch Opet-Blume 5a vor § 1410, Krück 25 f.) meint, würde man Zahlungsunfähigkeit hinsichtlich beider Vermögensmassen verlangen, so würden für den Fall, daß Zahlungsunfähigkeit nur hinsichtlich des Vorbehaltsguts besteht, die Vorbehaltsgläubiger während der Dauer der Verwaltungsgemeinschaft überhaupt den Konkurs nicht erlangen können, verkennt er das eben Gesagte (s. gegen ihn in dieser Richtung auch Kauder 31, Oschger 14 f.) und trennt nicht klar (s. auch Oschger 14 f.) Zahlungsunfähigkeit von Überschuldung (von „Insuffizienz des Vorbehaltsgut" spricht Opet-Blume, Anm. 262).

[262] So auch Planck 15 zu § 1411 (Überschuldung nur des eingebrachten oder nur des Vorbehaltsguts sei nicht genügend für Konkurseröffnung), Gastell 27, Heydemann 14, Jäger 36 zu § 2 (S. 71), s. auch 35 zu § 2 (S. 70 u.). A. M. Opet-Blume 5a vor 1410 (Konkursgrund, wenn Vorbehaltsgläubiger wegen Insuffizienz des Vorbehaltsguts keine Befriedigung finden), Meyer-Bleyer 6a zu § 2 (Zahlungsunfähigkeit, Zahlungseinstellung der Frau liegen schon vor, wenn das Vorbehaltsgut unzureichend ist und dem Gläubiger die Befriedigung aus dem eingebrachten Gut verweigert wird). Gegen Opet-Blume auch Gastell 28 Anm. 1.

auszugeben. Die gegenteilige Ansicht[263], daß das Sondergut nicht als gesamtes in die Konkursmasse fällt, wenn bezw. soweit dieses nicht von den Vollschulden aufgezehrt wird, ist abzulehnen[264], da damit im Fall des „wenn" der Nachweis der Überschuldung des Sonderguts verlangt würde, und dieses Verlangen nach dem oben Gesagten nicht zulässig ist, im Fall des „soweit" die Unmöglichkeit, den Umfang der herauszugebendeen Konkursmasse von der Höhe der Vollschulden (die zu Konkursbeginn noch gar nicht feststeht) abhängig zu machen[265], vorliegt.

V. Konkurs der gewerbetreibenden Ehefrau.

Trotz der abweichenden Regelung der Zwangsvollstreckung (§ 741 ZPO.), hat das Gesetz für den Konkurs der Handelsfrau keine besonderen Vorschriften aufgestellt. Hier zeigt sich aber, daß die Vorschrift in § 2 Abs. 1 KO. nicht selbstverständlich und die im § 2 Abs. 2 KO. gegebene nicht überflüssig ist. Wenn als selbstverständlich angesehen würde, daß das Gesamtgut zur Konkursmasse des Mannes gehört, weil es der Zwangsvollstreckung gegen den Mann unterliegt, so könnte dasselbe Argument betr. den Konkurs der Handelsfrau für die Zugehörigkeit des Gesamtguts zur Konkursmasse der Frau geltend gemacht werden. Denn nach § 741 ZPO. genügt, wenn die Frau selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, zur Vollstreckung in das

---

[263] Sie ist — im Text durch „wenn" und „soweit" unterschieden — teils (a) dahin vertreten, daß eine Herausgabepflicht des Mannes überhaupt nur bestehe, wenn das eingebrachte (Sonder-) Gut durch Vollschulden völlig erschöpft ist, teils dahin (b), daß sie nur insoweit bestehe, als Beanspruchtsein durch Vollschulden zutrifft. Nach der ersteren (a) besteht bei Nichterschöpfung überhaupt keine Herausgabepflicht, sondern kommt nur Einzelvollstreckung in Betracht (a), nach der zweiten (b) bei Nichterschöpfung nur eine Herausgabepflicht pro parte. In der ersteren Form (a) vertritt diese Ansicht Fitting 167 f. (nur Einzelvollstreckung, solange das eingebrachte Gut zur Deckung der Vollschulden ausreicht), Planck 15 zu § 1411, Labes a. a. O. 130 (sonst: Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung), Bartels 28, 31, 41 (sonst: nur Duldenmüssen der Zwangsvollstreckung), Hein Duldung a. a. O. 6 (der Ehemann behält das eingebrachte Gut, wenn Überlastung desselben mit Vollschulden nicht nachgewiesen ist), Ullmann Güterr. 252 f., 257 f., wohl auch KRGR. 2 zu § 1411; in der zweiten Form (b) vertritt diese Ansicht Endemann BR. § 175 Z. 5 (nur Teilbeträge des eingebr. Guts), Mentzel 26 f. Z. 2 (nur soviel eingebrachtes Gut), RGZ. 73, 240 u. (Nachweis des Bestehens von Schulden in dieser Höhe, die erstere Form wird S. 240 Mitte dahingestellt gelassen, freilich ist hier nicht klar formuliert), Eberhard 211 (nur die Mittel zur Befriedigung), Wilmowski 8 zu § 43 (Verweigerungsrecht, „soweit" hiezu nicht erforderlich), Königswarter 52 o. („soweit sie zur Befriedigung . . . erforderlich"), Meyer-Bleyer 6b zu § 2 (Einwendung, daß ein Teil des eingebrachten Guts zur Befriedigung der Vollgläubiger nicht erforderlich sei).

[264] S. gegen die erste Form (a) Quaatz 35 (eine Einwendung gegen das Herausgabeverlangen, das Eingebrachte werde durch Forderungen nicht erschöpft, sei unbeachtlich, mit Berufung auf § 117 KO. „gesamte" und das Wesen des Beschlagsrechts), Rud. Schmidt Krit. V. Z. Schr. 54, 443 (gegen Hein), s. auch Königswarter 47 f., gegen die erste und zweite Form (a und b), Jäger 33 (S. 68) f. und 35 (S. 71 o.) zu § 2. (Der Mann habe auch außerhalb des Konkurses nicht das Recht, Vollgläubiger auf bestimmte Teile des eingebrachten Gutes zu verweisen, von der Höhe der Vollschulden hänge daher die Zugehörigkeit des eingebrachten Guts zur Konkursmasse nicht ab, auch das nicht überschuldete eingebrachte Gut müsse der Mann an den Konkursverwalter ausliefern), s. auch Krück 42 f., Mayer-Reis-Haidlen 164 Anm. 5, 8.

[265] Während die Sicherung der Aktiva doch möglichst bald zu erfolgen hat, s. auch Quaatz a. a. O.

Gesamtgut und das eingebrachte Gut (dem hier, s. o. das Sondergut entspricht), ein gegen sie ergangenes Urteil. Nach § 2 Abs. 2 KO. berührt aber auch der Konkurs einer Handelsfrau das Gesamtgut nicht. Weder das Gesamtgut noch die Mitberechtigung der Ehefrau gehört zu ihrer Konkursmasse [266]. Die entgegengesetzte Ansicht, welche Petersen-Kleinfeller und A. B. Schmidt vertreten [267], begründen sie mit § 741 ZPO. dahin, daß das ganze Gesamtgut, nicht bloß ein Anteil desselben in die Konkursmasse der Handelsfrau falle. § 2 KO. schließt jedoch die Anwendung des § 741 ZPO. aus. Die Handelsgläubiger der Frau können, da ihnen der Mann auch persönlich haftet (§ 1459 Abs. 2 B.G.B.), evtl. den das Gesamtgut umfassenden Konkurs des Mannes erwirken (§ 68 KO.) [268], oder auf Grund eines Titels gegen den Mann (§ 740 ZPO.) als dessen Gläubiger Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut betreiben [269]. Die rechtsgültige Feststellung einer Geschäftsschuld der Handelsfrau in ihrem Konkurse kann natürlich nicht als Vollstreckungstitel in das Gesamtgut benutzt werden. Wenn die betr. Gläubiger während des Konkurses Befriedigung aus dem Gesamtgut suchen wollen, müssen sie als Gläubiger des Mannes auftreten. Einer Befriedigung auf Grund des Titels gegen die Frau würde § 14 KO. entgegenstehen.

Da für den Konkurs der Handelsfrau keine Besonderheiten gelten, kann im übrigen auf das o. Ausgeführte verwiesen werden. Insbesondere gilt betr. das Sondergut das o. III Gesagte, die Handelsgläubiger sind (nach §§ 1414, 1411, 1412, vgl. 1405, 1525 Abs. 2, 1439 B.G.B.) Vollgläubiger, weshalb im Konkurs der Handelsfrau bloße Vorbehaltsschulden regelmäßig keine Rolle spielen [270].

Zweiter Teil

Die fortgesetzte Gütergemeinschaft und das Konkursverfahren bei solcher.

§ 5

Der Güterstand der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

I. Eintritt, Anteilsberechtigte und Beendigung.

1. Eintritt.

Haben die Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt, so wird nach dem Tode eines Ehegatten zwischen dem überlebenden Ehegatten und den aus dieser Ehe hervorgegangenen gemeinschaftlichen Abkömmlingen, sofern sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufen wären, die Gütergemeinschaft als sogenannte fortgesetzte Gütergemeinschaft weiterge-

---

[266] Jäger 10 zu § 2, Wolff 8 zu § 2, Planck IXb zu § 1459, Opet 9b zu § 1459, Bartels 55 f., Kauder 60 f., Gastell 51, Meyer-Bleyer 9 zu § 2.

[267] Petersen-Kleinfeller 2 zu § 2, A. B. Schmidt 8c zu § 1459.

[268] S. Jäger 10 zu § 2.

[269] S. Kauder 60, vgl. o.

[270] S. Jäger 33 zu § 2.

führt; § 1483 B.G.B. Es gibt also nur dann eine fortgesetzte Gütergemeinschaft, wenn gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind; nicht gemeinschaftliche Kinder können an der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht teilnehmen. Die Fortsetzung der Gütergemeinschaft tritt kraft Gesetzes ein, auch ohne daß eine entsprechende Bestimmung in dem Vertrag über die allgemeine Gütergemeinschaft getroffen wird. Streitig ist die Frage, ob die fortgesetzte Gütergemeinschaft auch eintritt, wenn der zuerst gestorbene Ehegatte zur Zeit seines Todes auf Scheidung wegen Verschuldens des andern Ehegatten zu klagen berechtigt war und die Klage auf Scheidung oder Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte. Mit Staudinger[271] und der von ihm gegebenen Begründung möchten wir die Frage bejahen. Die Fortsetzung der Gütergemeinschaft tritt jedoch nicht ein, wenn die beiden Ehegatten durch Ehevertrag die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausgeschlossen haben; § 1508 B.G.B. Weiter tritt sie nicht ein, wenn der überlebende Ehegatte sie ablehnt, § 1484 BGB.; s. daselbst über die Form der Ablehnung. Außerdem kann jeder Ehegatte gemäß § 1509 durch letztwillige Verfügung die Fortsetzung ausschließen, wenn er berechtigt ist, dem andern Ehegatten den Pflichtteil zu entziehen oder auf Aufhebung der Gütergemeinschaft zu klagen.

2. Anteilsberechtigte.

a) Anteilsberechtigt sind der überlebende Ehegatte, und die gemeinschaftlichen Abkömmlinge. Die einseitigen Abkömmlinge können an der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht teilnehmen. Sie erhalten ihren Erbteil, wie wenn die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nicht eingetreten wäre, § 1483 Abs. 2 B.G.B. Kommen sie nur als Vermächtnisnehmer oder Pflichtteilsberechtigte in Betracht, so findet eine Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts nicht statt, es genügt vielmehr eine Schätzung zur Ermittlung des Anteils des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut[272]. Der überlebende Ehegatte nimmt, s. § 1487 Abs. 1 BGB., bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft die Stellung ein, welche bei der allgemeinen Gütergemeinschaft der Ehemann inne hat, die Stellung der Frau nehmen die Abkömmlinge gemeinsam ein, mit gewissen Abweichungen, besonders daß das Notverwaltungsrecht der Frau nach § 1450 B.G.B. ihnen nicht zusteht (s. § 1487 Abs. 1 B.G.B.) und daß ihr persönliches Vermögen nicht in das Gesamtgut fällt (§ 1485 Abs. 2 B.G.B.).

b) Ein anteilsberechtigter Abkömmling kann auf seinen Anteil am Gesamtgut verzichten.

aa) Dies kann ein gemeinschaftlicher Abkömmling schon bei Lebzeiten beider Ehegatten tun, § 1517 BGB. Der Verzicht auf den künftigen Anteil wird entsprechend behandelt wie ein Erbverzichtvertrag und geschieht durch gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag, Der Vertrag kann mit beiden Ehegatten geschlossen werden. Es ist aber auch ein solcher

[271] 5b vor § 1483, A. M. Planck IV, 8 zu § 1483, A. B. Schmidt 3b zu § 1483, Opet 3 zu § 1506.

[272] S. Staudinger 3e zu § 1483 und dort. Zit.

Vertrag zulässig mit einem Ehegatten für den Fall des Todes desselben. Zu diesem Vertrag muß dann der andere Ehegatte in gerichtlich oder notariell beurkundeter Form seine Zustimmung erteilen. Die Zustimmung ist unwiderruflich. Der Vertrag wirkt nur beim Tode des kontrahierenden Ehegatten. Der Verzicht kann durch Vertrag wieder rückgängig gemacht werden. Die Wirkung des Verzichtvertrags erstreckt sich im Zweifel auf die Abkömmlinge des Verzichtenden; eine andere Vereinbarung ist zulässig[273]. Der Verzicht betrifft nur den Anteil am Gesamtgut, nicht auch das Erbrecht in Beziehung auf das etwaige Vorbehalts- und Sondergut des verstorbenen Ehegatten. Der Verzicht ist nur zugunsten eines anderen anteilsberechtigten Abkömmlings oder des überlebenden Ehegatten zulässig[274]. Eine andere Bestimmung wäre eine Verfügung über den Gesamtgutsanteil, welche unzulässig ist. Auch wäre es eine Modifikation der fortgesetzten Gütergemeinschaft, was nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen erlaubt ist.

bb) Nach § 1491 B.G.B. kann nach dem Tode eines Ehegatten, nach Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein anteilsberechtigter Abkömmling entweder durch gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag mit dem überlebenden Ehegatten und den anderen anteilsberechtigten Abkömmlingen, oder durch öffentlich beglaubigte Erklärung gegenüber dem zuständigen Nachlaßgericht auf seinen Anteil am Gesamtgut verzichten. Der verzichtende Abkömmling wird meist vertraglich abgefunden; ein Recht auf Abfindung hat er aber nicht. Der Verzicht hat die Wirkung, daß der Anteil des Verzichtenden den übrigen anteilsberechtigten Abkömmlingen und, wenn solche nicht oder nicht mehr vorhanden sind, dem überlebenden Ehegatten anwächst (§ 1491 Abs. 4 B.G.B.). Unzulässig ist nach § 1518 B.G.B. der Verzicht zugunsten anderer Personen als derjenigen, denen er nach § 1491 Abs. 4 vgl. § 1490 B.G.B. zustatten kommt[275].

c) Ein Ehegatte kann für den Fall der Auflösung der Ehe durch seinen Tod mit Zustimmung des andern Gatten (§§ 1511, 1516 B.G.B.) durch letztwillige Verfügung einen gemeinschaftlichen Abkömmling von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausschließen. Die Frage, ob an Stelle eines ausgeschlossenen Abkömmlings dessen Abkömmlinge in die fortgesetzte Gütergemeinschaft eintreten, wenn nicht auch ihre Ausschließung bestimmt ist, wird jetzt allgemein bejaht[276]. Der ausgeschlossene Abkömmling hat einen pflichtteilsähnlichen Anspruch gegen das Gesamtgut, § 1511 Abs. 2 B.G.B. Dieser Anspruch kann ihm nur unter den Bedingungen entzogen werden, unter denen ihm der Pflichtteil entzogen werden kann. Unberührt bleibt

---

[273] Ebenso Staudinger 3d zu § 1517, Opet-Blume 5a zu § 1517, Planck 11 zu § 1517.

[274] Staudinger 3e zu § 1517, A. M. Planck 13 zu § 1517 und dort. Zit.: nicht zugunsten eines nicht anteilsberechtigten Abkömmlings, aber auch nicht zugunsten des überlebenden Ehegatten.

[275] Staudinger 6 zu § 1491, Planck 12 zu § 1491. A. A. Opet-Blume 10a zu § 1491.

[276] Staudinger 6 zu § 1511, A. B. Schmidt 4b zu § 1511, Opet-Blume 3a Abs. 1 zu § 1511, Planck 4 zu § 1511.

durch diese Entziehung sein Erbrecht gegenüber dem Vorbehalts- u. Sondergut, wenn nicht das Gegenteil bestimmt ist.

d) Anteilsunwürdig am Gesamtgut ist ein erbunwürdiger Abkömmling. Er kann an der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht teilnehmen, wenn er für erbunwürdig erklärt ist oder für anteilsunwürdig, § 1506 S. 1 u. 2 B.G.B.[277]. Der Anteil fällt nach § 1506 B.G.B. dem zu, der ihn nach § 1483 B.G.B. erworben haben würde, wenn der erbunwürdige Abkömmling zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht gelebt hätte[278].

3. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft endigt[279]:

a) durch Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten, § 1493 B.G.B.;

b) durch dessen Tod oder Todeserklärung, § 1494 B.G.B.;

c) durch Rechtskraft des Urteils (§ 1496 B.G.B.) auf die Aufhebungsklage eines gemeinschaftlichen Abkömmlings, §§ 1595, 1496 B.G.B.[280];

d) durch den Tod[281] oder Verzicht[282] aller anteilsberechtigten Abkömmlinge;

e) durch Aufhebungsvertrag zwischen dem überlebenden Ehegatten und den anteilsberechtigten Abkömmlingen, § 1492 Abs. 2 B.G.B.;

f) um dem überlebenden Ehegatten die Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit den Abkömmlingen nicht wider seinen Willen aufzuzwingen, gibt ihm das Gesetz weiter das Recht, durch einseitige Erklärung die Fortsetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft aufzuheben, § 1492 Abs. 1 B.G.B. Bei der Aufhebung ist er an die § 1492 Abs. 1 S. 2 angegebene Form gebunden.

Nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft findet in Ansehung des Gesamtguts eine Auseinandersetzung statt, § 1497 B.G.B.

II. Die Gütermassen.

1. Das Vorbehaltsgut des überlebenden Ehegatten bleibt durch den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft unberührt, § 1486 Abs. 1 Halbs. 1 B.G.B. Über Erwerb während fortgesetzter Gütergemeinschaft s. u. 4.

2. Beim Sondergut tritt nur dann eine Änderung ein, wenn die Frau der überlebende Teil ist, und nur insoweit, als sie die Verwaltung

---

[277] S. Staudinger 1 zu § 1506.

[278] S. Staudinger 2 f. zu § 1506.

[279] S. Staudinger, Vorbem. zu den §§ 1483—1518.

[280] Die anteilsberechtigten Abkömmlinge können nach § 1495 B.G.B. sowohl gemeinschaftlich als auch jeder für sich unter Voraussetzungen entspr. denen, unter denen die Frau zur Klage auf Aufhebung der allgemeinen Gütergemeinschaft berechtigt ist (§ 1468 Z. 1—4 B.G.B.), und außerdem, wenn der überlebende Ehegatte die elterliche Gewalt über den Abkömmling verwirkt hat, oder, falls sie ihm zugestanden hätte, verwirkt haben würde, auf Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft klagen, § 1495 B.G.B.

[281] S. Staudinger 3 c zu § 1490.

[282] S. o. 2 b, bb (S. 53).

ihres Sonderguts selbst übernimmt. Über Erwerb während der fortgesetzten Gütergemeinschaft s. u. 4.

3. Das Gesamtgut.

Zu diesem gehört nach § 1485 B.G.B. alles, was zum Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft gehört hat, soweit dieses noch vorhanden ist nach Abfindung der verzichtenden oder der ausgeschlossenen (§ 1511 Abs. 2 B.G.B.) Abkömmlinge und nach Auszahlung des Erbteils einseitiger Abkömmlinge (§ 1485 vgl. 1483 Abs. 2 B.G.B.). Was der überlebende Ehegatte als Erbe aus dem Nachlaß des verstorbenen Ehegatten erhält, fällt ebenfalls in das Gesamtgut, s. näher Staudinger 1b zu § 1485. Weiter gehört zum Gesamtgut alles, was der überlebende Ehegatte während der fortgesetzten Gütergemeinschaft erwirbt, § 1485 Abs. 1 B.G.B., soweit der Erwerb nicht Vorbehaltsgut (§ 1486 Abs. 2 Halbs. 2 vgl. §§ 1369, 1370 B.G.B.) oder Sondergut (§ 1486 Abs. 2 B.G.B.) wird. Nicht zum Gesamtgut gehört das Vorbehaltsgut des überlebenden Ehegatten, d. h. das, was der überlebende Gatte bisher als eheliches Vorbehaltsgut gehabt hat (§ 1486 Abs. 1 Halbs. 1 B.G.B.) und was er während der fortgesetzten Gütergemeinschaft als Vorbehaltsgut erwirbt (s. soeben), auch die Nutzungen des Vorbehaltsguts gehören nicht zum Gesamtgut[283]. Nicht zum Gesamtgut gehört das Sondergut des überlebenden Gatten, d. h. Gegenstände seines Vermögens, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können (§ 1486 Abs. 2 B.G.B.). Die Nutzungen seines Sonderguts werden aber Gesamtgut[284]; ebenso selbstverständlich die Nutzungen und Surrogate des Gesamtguts der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Die Eigenschaft als zum Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehöriger Gegenstand tritt in den genannten Fällen kraft Gesetzes ein, § 1485 Abs. 3 vgl. § 1438 Abs. 2, 3 B.G.B.[285].

Die Anteilsberechtigten haben am Gesamtgut Gemeinschaft zur gesamten Hand, die Anteile sind dauernd gebunden[286]. Fällt ein anteilsberechtigter Abkömmling weg, so wächst sein Anteil, wenn er keine Abkömmlinge hinterläßt, den anderen anteilsberechtigten Abkömmlingen bezw. dem überlebenden Gatten an, andernfalls treten seine Abkömmlinge in die Gütergemeinschaft ein, § 1490 BGB.

4. Das sonstige Vermögen der Abkömmlinge gehört nicht zum Gesamtgut, weder das, was sie zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft haben, noch das, was sie später erwerben, § 1485 Abs. 2 B.G.B. Sie nehmen nur mit ihrem Anteil am Gesamtgut an der fortgesetzten Gütergemeinschaft teil. Die Nutzungen dieses Vermögens bleiben ihr Eigentum. Vorbehalts- und Sondergut der Abkömmlinge ist begrifflich ausgeschlossen[287]. Was die Abkömmlinge während der fortgesetzten Gütergemeinschaft erwerben, fällt, wie gesagt, nicht in das Gesamtgut, auch nicht,

---

[283] S. Staudinger 1d zu § 1486.
[284] Staudinger 1d zu § 1485, 3b zu § 1486.
[285] Staudinger 1d zu § 1485.
[286] S. Staudinger 2a zu § 1487.
[287] Staudinger 1 zu § 1486.

wenn eine Erbschaft in Frage steht, die bei Fortdauer der ehelichen Gemeinschaft in das Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft gefallen wäre[288]. Auch das, was die Abkömmlinge aus dem Vorbehalts- und Sondergut des verstorbenen Ehegatten bekommen, wird ihr Eigenvermögen.

III. Die Haftung.

Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft sind alle eigenen Schulden des überlebenden Ehegatten, gleichgültig ob sie vor oder nach Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstanden sind, und die Schulden des verstorbenen Ehegatten, soweit sie Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft waren, § 1488 B.G.B. Für die Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft haftet der überlebende Gatte persönlich, § 1489 Abs. 1 B.G.B. Ist der Mann der überlebende Teil, so bedeutet die Fortsetzung der Gütergemeinschaft keine Erweiterung seiner persönlichen Haftung und der Haftung des Gesamtguts, denn alle seine Verbindlichkeiten waren Gesamtgutsverbindlichkeiten und für alle Gesamtgutsverbindlichkeiten hat er schon bei der ehelichen Gütergemeinschaft persönlich gehaftet. Eine Erweiterung kann allerdings insofern eintreten, als der Mann als Erbe der Frau in Beziehung auf ihr Vorbehalts- und Sondergut für die Schulden der Frau, die nicht Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft waren, haftet und so auch das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft verpflichtet[289]. Die Fortsetzung bedeutet jedoch eine Verlängerung seiner persönlichen Haftung für die Gesamtgutsverbindlichkeiten, die im Verhältnis der Ehegatten zueinander nicht dem Gesamtgut zur Last fallen; denn seine persönliche Haftung für diese Verbindlichkeiten hatte mit der Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft aufgehört, § 1459 Abs. 2 S. 2 B.G.B. und entsteht nun mit der Fortsetzung der Gütergemeinschaft wieder neu[290]. Ist die Frau der überlebende Teil, so besteht für sie eine persönliche Haftung für alle Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft und da alle Schulden des Mannes Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft waren, für alle Schulden des Mannes. Ihre persönliche Haftung erweitert sich also, da sie während der ehelichen Gütergemeinschaft nur für die in ihrer Person entstandenen Verbindlichkeiten haftbar war, mit Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft um alle Gesamtgutsverbindlichkeiten, die nicht in ihrer Person entstanden sind. Die Haftung des Gesamtguts erweitert sich dadurch, daß nun alle ihre Vorbehaltsschulden Gesamtgutsverbindlichkeiten werden. Die persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten kann von den Gesamtgutsgläubigern auch während der Ablehnungsfrist geltend gemacht werden, da nach § 1484 Abs. 2 B.G.B. die Vorschrift des § 1958 B.G.B. nicht anwendbar ist, wie auch § 239 Abs. 5 und § 778 ZPO. keine Anwendung

---

[288] Staudinger 2c zu § 1485, Mot. IV S. 465.

[289] S. Staudinger 3a, β zu § 1488 B.G.B.

[290] § 1489 Abs. 1 B.G.B. vgl. mit § 1488, Staudinger 2 zu § 1489, Wilmowski 6 zu § 236, Jäger 2 zu § 236.

finden [291]. Die persönliche Haftung des überlebenden Ehegatten dauert auch nach der Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft für deren Gesamtgutsverbindlichkeiten fort, gleichgültig, wem sie im Verhältnis des Ehegatten zu den Abkömmlingen zur Last fallen [292], während die persönliche Haftung des Mannes für die Gesamtgutsverbindlichkeiten der Frau, welche Gesamtgutverbindlichkeiten sind, aber unter den Ehegatten nicht dem ehelichen Gesamtgut zur Last fallen, mit der Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft erlischt, § 1459 Abs. 2 B.G.B.

Zum Schutz gegen die bei Unzulänglichkeit des Gesamtguts drohende Inangriffnahme des nicht zum Gesamtgut gehörenden Vermögens des Überlebenden, zugleich zum Schutz der Gesamtgutsgläubiger, denen der Überlebende bei Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht persönlich haftet — so die gewöhnliche Fassung [293], richtiger wohl: zum Schutz aller Gläubiger, die z. Zt. des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft schon Gesamtgutsgläubiger sind, s. näheres u. S. 59 f. —, gegen Konkurrenz der übrigen Gläubiger des Überlebenden, denen nach § 1488 B.G.B. das Gesamtgut haftet, gibt das Gesetz (§ 1489 Abs. 2 B.G.B.) dem überlebenden Ehegatten die Möglichkeit, durch entsprechende Anwendung der für die Haftung der Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten geltenden Vorschriften die Haftung auf das Gesamtgut zu beschränken. Bei der entsprechenden Anwendung entspricht dem Nachlaß das Gesamtgut in dem Bestand zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft, § 1489 Abs. 2 B.G.B. [294], den Nachlaßgläubigern entsprechen die Gesamtgutsgläubiger, denen der überlebende Ehegatte beim Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht persönlich haftete [295]. Diese Beschränkung auf das Gesamtgut erfolgt durch Antrag auf Anordnung einer Gesamtgutsverwaltung, oder Beantragung des Gesamtgutskonkurses (236 KO.), oder durch die Bewirkung des Aufgebots dieser Gesamtgutsgläubiger (§ 1001 ZPO.) entsprechend § 1970 B.G.B. [296]. Ist die Anordnung einer Gesamtgutsverwaltung oder eines Gesamtgutskonkurses mangels Masse nicht tunlich oder wird aus diesem Grund die Gesamtgutsverwaltung aufgehoben oder der Konkurs eingestellt, so kann der überlebende Ehegatte die Einrede der Unzulänglichkeit geltend machen, d. h. die Befriedigung von Gesamtgutsgläubigern insoweit verweigern, als das Gesamtgut nicht ausreicht; vgl. §§ 1990, 1991 mit § 1489 B.GB. [297]. Eine Beschränkung der Haftung kommt also in Betracht:

a) für den überlebenden Mann bei den in der Person der Frau entstandenen Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft, die

---

[291] Staudinger 2 a, ε zu § 1489.
[292] § 1489 Abs. 1 B.G.B.; Staudinger 2 zu § 1489.
[293] S. z. B. Staudinger 3 zu § 1489,
[294] Näheres s. Staudinger 3 zu § 1489.
[295] Staudinger 3 zu § 1489.
[296] Staudinger 3 a, α, β, δ, zu § 1489. Im letzteren Fall (Aufgebotsverfahren) kann der überlebende Gatte die Befriedigung eines ausgeschlossenen Gesamtgutsgläubigers insoweit verweigern, als das Gesamtgut durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird, s. Staudinger 3 a δ zu § 1489.
[297] S. Staudinger 3 a, γ zu § 1489.

im Verhältnis der Ehegatten zueinander nicht dem Gesamtgut zur Last fallen, § 1488 B.G.B. mit § 1459 Abs. 2 S. 2 B.G.B.;

b) für die überlebende Frau bei allen in der Person des Mannes entstandenen Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft.

Die anteilsberechtigten Abkömmlinge haften für die Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft nur mit ihrem Anteil am Gesamtgut, eine persönliche Haftung trifft sie nicht infolge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft, § 1489 Abs. 3 B.G.B. Eine persönliche Haftung der Abkömmlinge für Gesamtgutsverbindlichkeiten kann aber dadurch begründet werden, daß diese sich gemeinschaftlich mit dem überlebenden Ehegatten zu einer teilbaren Leistung verpflichten (§ 427 B.G.B.) [298]. Außerdem haften die Abkömmlinge, sofern sie Erben des verstorbenen Ehegatten geworden sind, als solche (Erben) beschränkbar für die Verbindlichkeiten des verstorbenen Ehegatten, auch soweit sie Gesamtgutsverbindlichkeiten waren [299]. Die Abkömmlinge, das Gesamtgut und der überlebende Ehegatte haften dann als Gesamtschuldner. Eine persönliche, in der Haftung auf die zugeteilten Gegenstände beschränkte Haftung als Gesamtschuldner entsteht seinerzeit für die anteilsberechtigten Abkömmlinge für die nach der Auseinandersetzung des Gesamtguts der fortgesetzten Gütergemeinschaft unberichtigt gebliebenen Gesamtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft § 1498 vgl. § 1480 B.G.B. [300].

§ 6

Der Konkurs bei fortgesetzter Gütergemeinschaft.

A. Der Konkurs über das Vermögen des überlebenden Ehegatten [301].

Entsprechend der Stellung, welche der überlebende Ehegatte und die Abkömmlinge bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach § 1487 B.G.B. haben, ist in § 2 Abs. 3 KO. auch die Stellung im Konkurs geregelt worden. Wie bei der Zwangsvollstreckung das Gesamtgut als Eigenvermögen des überlebenden Ehegatten behandelt wird, sofern ein gegen ihn gerichteter Titel zur Vollstreckung in das Gesamtgut erforderlich und genügend ist (§ 745 Abs. 1 ZPO.), so wird das Gesamtgut auch im Konkurs behandelt und gehört zu seiner Konkursmasse [302]. Durch Eröffnung des Konkurses endigt die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht [303]. Eine Auseinandersetzung mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen in Ansehung des Gesamtguts findet nicht statt; vgl. § 2 Abs. 3 mit § 2 Abs. 1 KO. Durch den Konkurs

---

[298] S. Staudinger 4a zu § 1489.
[299] S. Staudinger 4b zu § 1489.
[300] S. Staudinger 2e zu § 1498; 4c zu § 1489.
[301] S. bes. Jäger 14, 15 zu § 2.
[302] Verfällt der überlebende Gatte während der für die Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft gewährten Überlegungsfrist (§ 1488 Abs. 2 vgl. § 1944 B.G.B.) in Konkurs, so ist er noch als Gemeinschuldner berechtigt, zum Nachteil der Masse auf Fortsetzung der Gütergemeinschaft zu verzichten, § 9 S. 2 KO., s. Jäger 18 zu § 2, Fitting S. 166 Anm. 41.
[303] Meyer-Bleyer 17 zu § 2.

der Abkömmlinge wird das Gesamtgut nicht berührt, § 2 Abs. 3 vgl. § 2 Abs. 2 KO. Die Konkursmasse besteht weiter noch aus dem übrigen Vermögen des Überlebenden, d. h. seinem Vorbehaltsgut und Sondergut [304]. Konkursgläubiger und daher antragsberechtigt sind alle Gläubiger des Überlebenden. Da die Gesamtgutsgläubiger der ehelichen Gütergemeinschaft zugleich Gesamtgutsgläubiger der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§ 1488 B.G.B.) und deshalb persönliche Gläubiger des überlebenden Ehegatten (§ 1489 Abs. 1 B.G.B.) sind, gehören sie zu diesen [305] und sind daher, soweit nicht die Haftung auf das Gesamtgut beschränkt ist (s. o. S. 57 f. und u. sub B.), berechtigt, ihre konkursmäßige Befriedigung aus dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft und dem sonstigen Vermögen des Überlebenden (s. o.) herbeizuführen. Gemeinschuldner in dem Verfahren ist der überlebende Ehegatte und nur er, nicht auch die gemeinschaftlichen Abkömmlinge, ihr Anteil an dem Gemeinschaftsvermögen wird im Konkurs nicht berücksichtigt.

Für dieses Verfahren gelten im übrigen dieselben Regeln, die für den Konkurs des Ehemannes bei allgemeiner Gütergemeinschaft gelten. Es kann also auf das in § 3 Ausgeführte verwiesen werden [306].

B. Konkurs über das Gesamtgut.

Im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft, d. h. wenn die Gütergemeinschaft von dem überlebenden Ehegatten fortgesetzt ist, läßt, wie schon oben § 5 erwähnt, das Gesetz ein Konkursverfahren über das Gesamtgut zu und erklärt für dieses Verfahren die Vorschriften, die für den Nachlaßkonkurs aufgestellt sind, für entsprechend anwendbar; § 236 KO. [307].

I. Ratio des § 236 KO.

Die ratio dieser Bestimmung ist eine zweifache. Der § 236 KO. („Gesamtgutskonkurs") soll einerseits dazu dienen, bei zweifelhafter Zulänglichkeit des Gesamtguts den überlebenden Gatten gegen die drohende Inangriffnahme seines nicht zum Gesamtgut gehörigen Vermögens seitens der Gesamtgutsgläubiger zu schützen, denen er (s. o. § 5) beim Eintritt der fort-

---

[304] Gastell 59.

[305] Z. B. alle Gläubiger des Mannes beim Überleben der Frau, s. Gastell 59, daneben in diesem Fall alle Gläubiger von Forderungen, die in der Person der Frau entstanden sind, s. Gastell, a. a. O.

[306] Insbesondere ist zu bemerken, daß entsprechend wie bei der ehelichen Gütergemeinschaft (s. o. S. 24) das Gesamtgut auch dann zur Konkursmasse des überlebenden Ehegatten gehört, wenn zur Zeit der Konkurseröffnung über dessen Vermögen Abkömmlinge bereits die Klage auf Aufhebung der Gütergemeinschaft erhoben hatten (§ 1495 B.G.B.), die Aufhebung selbst aber noch nicht eingetreten war (§ 1496 B.G.B.), und daß es Massebestandteil bleibt, auch wenn der überlebende Gatte nach Konkurseröffnung stirbt, s. Jäger Anm. 19 zu § 2.

[307] Ebenso erklärt das Gesetz über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (Vergleichsordnung) § 93 auf das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses in das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft die Vorschriften betr. Vergleichsverfahren zur Abwendung des Nachlaßkonkurses (§ 92 daselbst) für entspr. anwendbar.

gesetzten Gütergemeinschaft nicht bereits persönlich haftete [308], andererseits die letzteren Gläubiger [309] — richtiger wohl [310] die Gläubiger, die z. Zt. des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft schon Gesamtgutsgläubiger sind [311] — zu schützen gegen die Konkurrenz der übrigen Gläubiger des überlebenden Gatten, denen nach § 1488 B.G.B. das Gesamtgut haftet.

II. Voraussetzungen des Gesamtgutskonkurses.

1. Konkursgrund für das Verfahren über das Gesamtgut ist die Überschuldung des Gesamtguts [312]. Diese muß vorliegen im Zeitpunkt der Konkurseröffnung [313]. Gegeben ist Überschuldung bei Überwiegen des Betrags der in diesem Verfahren verfolgbaren Verbindlichkeiten [314] über den Wert der Gesamtgutsgegenstände [315]. Dabei müssen auch diejenigen Forderungen mitgerechnet werden, welche nur im Gesamtgutskonkurse als Forderungen zum Zug kommen (s. u. V), während sie im gewöhnlichen Konkurse über das Vermögen des überlebenden Ehegatten nicht als Konkursforderungen geltend gemacht werden können. Für den Bestand, die Begrenzung der Aktivmasse ist — wie für die der Passivmasse, s. u. V — maßgebend (s. § 1489 Abs. 2 B.G.B.) der Zeitpunkt des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft, nicht der Zeitpunkt der Konkurseröffnung [316], abweichend von §§ 1, 3 KO.

---

[308] S. Jäger 3 zu § 236, Staudinger 3 a. A. zu § 1489, KRGR. 5 zu § 1489, Gastell 61, Fitting S. 502, Hellmann S. 618, Mentzel 1 zu § 236. Der letztere meint, da der überlebende Ehemann schon während der Ehe (§ 1459 Abs. 2 B.G.B.) auch persönlich für alle Gesamtgutsverbindlichkeiten hafte und zu diesen auch die Verbindlichkeiten der Frau gehörten, soweit sich nicht aus §§ 1460—1462 B.G.B. ein anderes ergibt, falle bei Überleben des Ehemannes dieser erstere Zweck des Gesamtkonkurses, seine persönliche Haftung zu beschränken, weg, es bleibe nur noch der andere, den Gesamtgutsgläubigern die Separation des Gesamtguts zu verschaffen. Dabei ist aber nicht beachtet, daß die persönliche Haftung des überlebenden Mannes für die in der Person der Frau entstandenen Gesamtgutsverbindlichkeiten nach § 1459 Abs. 2 S. 2 vgl. §§ 1463 ff. B.G.B. mit Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft erloschen sein kann (s. o. S. 56, 58 und u. S. 66).

[309] So die Anm. 308 Zit., außer Hellmann, Mentzel.

[310] Hellmann a. a. O. redet denn auch allgemein von den Gesamtgutsgläubigern, ebenso Gastell 61; Mentzel a. a. O. von Verschaffung abgesonderter Befriedigung „den Gesamtgutsgläubigern, die zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft *vorhanden* waren".

[311] S. noch u. Anm. 364.

[312] S. § 215 vgl. § 236 S. 1 KO., Jäger 10 zu § 236, Wolff 7 zu § 236, Meyer-Bleyer 2 zu § 236, Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236, Planck II 3a zu § 1489, Gastell 61, 62. Für die Konkursanfechtung und das Konkursstrafrecht behält aber die *Zahlungseinstellung* ihre maßgebende Bedeutung, s. Jäger a. a. O., Petersen-Kleinfeller 8 zu § 236.

[313] Nicht schon zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft, Jäger a. a. O., Meyer-Bleyer 2 zu § 236, Planck a. a. O., Mentzel 3 zu § 236; a. M. A. B. Schmidt 3c, β, ββ zu § 1489. Auch der § 215 KO., der entspr. anzuwenden ist, ist in entspr. Sinn auszulegen, s. Jäger 1 zu § 215.

[314] In Berechnung kommen hier nur solche Gesamtgutsverbindlichkeiten, die im Verfahren berücksichtigt werden, s. Jäger a. a. O. (s. näher u. V), Gastell 62.

[315] Jäger a. a. O., Gastell 62.

[316] Begründung z. Konkursnov. 57, Hahn-Mugdan VII S. 259, Jäger 20 zu § 236, A. B. Schmidt 3c, β, εε zu § 1489, Sarwey-Bossert 2 Z. 4 zu § 236; Meyer-Bleyer 2b

2. Die Konkurseröffnung wird nicht dadurch gehindert, daß der überlebende Ehegatte die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung verwirkt hat (§§ 1489, 2013 B.G.B.); § 236 S. 1 vgl. § 216 Abs. 1 KO.)[317].

3. Voraussetzung ist nach § 236 KO. fortgesetzte Gütergemeinschaft.

a) Zulässig ist die Eröffnung des Gesamtgutskonkurses nach § 236 aber nicht nur, nachdem der überlebende Ehegatte die Gütergemeinschaft wirklich fortgesetzt hat, sondern nach herrschender Ansicht auch schon, solange der überlebende Ehegatte noch die Möglichkeit hat, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nach § 1484 B.G.B. abzulehnen; § 216 Abs. 1 KO. vgl. § 236 S. 1 KO.[318]. Jäger[319] meint zwar, der Konkurs über das Gesamtgut solle solange nicht eröffnet werden, als der überlebende Gatte noch das Recht habe, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft abzulehnen. Das Ausschlagungsrecht bezüglich einer Erbschaft und die Ablehnungsbefugnis des überlebenden Gatten stehen einander zwar gleich (§ 1484, §§ 1943 ff. B.G.B.); jedoch seien die Vorschriften über den Nachlaßkonkurs nach § 236 S. 1 KO. nur „entsprechend" anzuwenden und § 216 Abs. 1 KO. passe nicht auf den Gesamtgutskonkurs. Bei der Ausschlagung einer Erbschaft nach Eröffnung des Nachlaßkonkurses wechsle nur der Träger der Haftungsmasse, dagegen entfiele bei Ablehnung des überlebenden Gatten nach Eröffnung des Gesamtgutskonkurses durch die Ablehnung mit rückwirkender Kraft die ganze Grundlage für das Verfahren, nämlich das Gesamtgut einer fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1484 Abs. 3 vgl. 1482 B.G.B.). Da aber keine Vorschriften dafür vorhanden seien, wie die Konkurseröffnung solchenfalls rückgängig zu machen wäre, so sei in diesem Fall anzunehmen, daß das Konkursgericht, wenn zur Zeit der Ablehnbarkeit die Eröffnung des Gesamtgutskonkurses beantragt wird, zunächst die Entschließung des überlebenden Ehegatten abzuwarten habe. Nötigenfalls sei die Masse vorläufig zu sichern (§ 106 KO.). Die Gründe, die Jäger anführt, sind u. E. nicht stichhaltig, insbesondere daß der Mangel einer Vorschrift über die Rückgängigmachung den Schluß auf die Unanwendbarkeit des § 216 Abs. 1 KO. zulasse. Die beste Sicherung des Gesamtguts zu Gunsten der oben genannten

---

zu § 236, Planck II, 3a zu § 1489, Wilmowski 3 zu § 236, Gastell 62, Mentzel 1 zu § 236, KRGR. 6 zu § 1489, Petersen-Kleinfeller 1, 3 zu § 236. Mindestens mißverständlich Wolff 7 Abs. 2 zu § 236: Für die Überschuldung sei maßgebend der Aktivbestand zur Zeit der Konkurseröffnung (nicht des Todes des zuerst verstorbenen Ehegatten). Der innere Grund, warum für die Begrenzung der Aktiv- (und Passiv-) Masse abweichend vom sonstigen Verfahren, besonders vom Nachlaßkonkurs, nicht der Augenblick der Konkurseröffnung, sondern der Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft maßgebend ist, ist — s. Jäger 20 zu § 236 — der beschränkte Zweck des Konkurses nach § 236, der nur Schutz gegen die mit Fortsetzung der Gemeinschaft verknüpfte Haftungsänderung gewähren will.

[317] Jäger 13 zu § 236, s. auch Meyer-Bleyer 2a zu § 236, Planck II, 3a zu § 1489 B.G.B. Die entspr. Anwendung von § 216 will Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236 überhaupt verneinen.

[318] So A. B. Schmidt 3c, β, ααα zu § 1489, Meyer-Bleyer 2a zu § 236, Wilmowski 3 zu § 236 (entspr. Anwendung von § 216), Planck II 3a zu § 1489 (der Konkurseröffnung stehe nicht entgegen, daß der Ehegatte die Fortsetzung der Gütergemeinschaft noch ablehnen kann, § 216 KO.), Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236 (der aber entspr. Anwendung von § 216 verneint, s. ebendaselbst).

[319] 13 zu § 236.

Gläubiger wird durch die Eröffnung des Gesamtgutskonkurses bewirkt. Daß eine solche Sicherung nötig ist, wird nirgends bestritten, denn allen persönlichen Gläubigern des überlebenden Ehegatten steht auch während der Ablehnungsfrist der Zugriff auf das Gesamtgut offen[320], auch wenn ihre Forderungen erst nach Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstanden sind, wodurch unter Umständen das ganze Gesamtgut verzehrt würde und den übrigen Gläubigern höchstens noch ein Anfechtungsrecht bliebe. Außerdem sollten die Schwierigkeiten der Rückgängigmachung des Verfahrens gerade bei Jäger nicht ein Grund für die Nichtanwendung des § 216 Abs. 1 KO. sein, denn er vertritt doch die Ansicht, wonach über das in Liquidation befindliche Gesamtgut der allgemeinen, ehelichen Gütergemeinschaft ein Konkurs eröffnet werden kann[321] (vgl. u. § 7). Es würde dann eben der Konkurs über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft in einen Konkurs über das Gesamtgut der Liquidationsgemeinschaft der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft übergehen[322]. Es wäre genau so, wie wenn nie die fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten wäre. Die Stellung der Abkömmlinge wäre auch berücksichtigt, denn sie würden dann zusammen mit dem überlebenden Ehegatten die Gemeinschuldnerrolle innehaben. Der Ansicht Jägers kann man indes soweit entgegenkommen, daß bei Konkurseröffnung die Forderungen festgestellt und das Verfahren durchgeführt, die Verteilung jedoch solange ausgesetzt wird, bis sich der überlebende Gatte erklärt hat.

b) Zulässig ist der Konkurs über das Gesamtgut nach § 236 auch dann, wenn die fortgesetzte Gütergemeinschaft zwar bestanden, jedoch schon ihr Ende erreicht hat und die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts schon vollendet ist (über den Fall, daß sie *noch nicht* vollendet ist, s. u. § 7), § 216 Abs. 2 vgl. § 236 S. 1 KO.[323], es ist ist kein Grund vorhanden, warum erstere Vorschrift nicht entsprechend anwendbar sein sollte. Zwischen dem überlebenden Gatten und den Abkömmlingen besteht eine anteilsmäßige Berechtigung am Gesamtgut in derselben Weise, wie unter Miterben, worauf § 216 Abs. 2 KO gemünzt ist[324]. Das Separationsinteresse der Gesamtgutsgläubiger (s. o. S. 59 f. sub. I) ist dasselbe und darf durch Beschleunigung der Aufhebung und Auseinandersetzung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht beeinträchtigt werden[325]. Eine abweichende Ansicht vertrat in früheren Auflagen seines Kommentars Jäger[326]. Der § 236 KO.

---

[320] Staudinger 2 Abs. 2 zu § 1489.

[321] Jäger 26 zu § 2.

[322] Anders Wilmowski 3 zu § 236, der bei Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein Konkursverfahren nur über den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten, zu dem dessen Anteil am Gesamtgut gehöre, oder über das Vermögen des überlebenden Ehegatten, zu dem der Anteil desselben am Gesamtgut gehöre, für möglich hält, im Konkurs müsse dann die Auseinandersetzung nach § 16 KO., §§ 1474 ff. B.G.B. erfolgen, infolge Ablehnung der fortgesetzten Gütergemeinschaft müsse also das über das Gesamtgut eröffnete Verfahren *eingestellt* werden.

[323] Gleicher Ansicht: Mentzel 4 zu § 236, Wolff 2 Abs. 2 zu § 236, Wilmowski 4 zu § 236, Hagenguth 60, 62.

[324] Mentzel 4 zu § 236.

[325] Mentzel a. a. O.

[326] 5. Auflage 17 zu § 236. Ebenso Petersen-Kleinfeller 2 a. E. 7 zu § 236.

setze einen während des Bestehens der fortgesetzten Gütergemeinschaft eröffneten Gesamtgutskonkurs voraus. Dies ergeben zunächst die Worte „im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft" (Satz 1), dieser Fall liege nicht mehr vor, wenn „nach Beendigung" der Gemeinschaft die Auseinandersetzung stattfinde (§ 1497 B.G.B). oder gar bereits stattgefunden habe. Für eine Anwendung des § 216 Abs. 2 KO. sei kein Raum. Die Anwendung des § 216 Abs. 2 KO. (235) auf den Gesamtgutskonkurs nach § 236 sei abzulehnen[327], da es keine den Erbteilen entsprechende Anteile am Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft gebe[328]. Diese Ansicht ist jedoch nicht richtig[329], denn jeder Abkömmling, mit dem die Gütergemeinschaft fortgesetzt wird, hat einen Anteil am Gesamtgut und es entsprechen die Anteile des Ehegatten und der Abkömmlinge bei sinngemäßer Anwendung der den Nachlaßkonkurs betreffenden Vorschriften den Anteilen der Miterben. Überdies, bemerkt Jäger[330], würde die im Satz 4 des § 236 KO. zum Ausdruck gelangte Nichtberücksichtigung des Anteils der Abkömmlinge am Gesamtgut unvereinbar sein mit ihrer Stellung im Auseinandersetzungsverfahren (§ 1497 Abs. 2 B.G.B., § 860 Abs. 2 ZPO.). Dagegen ist zu bemerken, daß sie nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft eben zu berücksichtigen sind, s. u. Anm. 354 betreffend die Gemeinschuldnerstellung. So sind diese Gegengründe Jägers nicht durchschlagend. Jäger bejaht denn auch jetzt in der 6. und 7. Auflage[331] die Zulässigkeit des Gesamtgutskonkurses nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft und vollzogener Teilung und die entsprechende Anwendbarkeit von § 216 Abs. 2 KO. auf den Gesamtgutskonkurs. Der § 236 KO. setze die Zulässigkeit eines Gesamtgutskonkurses nach Beendigung der Gütergemeinschaft voraus sogar für den Fall, daß die Teilung schon vollzogen ist (§ 236 S. 1 vgl. mit § 216 Abs. 2). Für die Anwendbarkeit des § 216 Abs. 2 spreche nicht bloß die unterschiedslose Verweisung auf die §§ 214—234, sondern auch die Gleichheit des Zweckes. Der § 216 Abs. 2 wolle die Nachlaßgläubiger schützen, wenn die Genossen entgegen der innenrechtlichen Anordnung des § 2046 B.G.B. vor Berichtigung der Schulden den Nachlaß unter sich geteilt haben. Das Gebot des § 1475 (1498) B.G.B. bedürfe der gleichen Sicherstellung. Der Schutz des § 1480 (1498) B.G.B. reiche sowenig aus, als der entsprechende des § 2058 (§§ 2060 f.) B.G.B., weil bei Inanspruchnahme der einzelnen Genossen die Konkurrenz ihrer Einzelgläubiger zu tragen sei.

III. Konkursantrag und Eröffnung.

1). Zum Antrag auf Eröffnung des Gesamtgutskonkurses nach § 236 KO. sind berechtigt:

a) Diejenigen Gesamtgutsgläubiger, denen der überlebende Ehegatte

---

Meyer-Bleyer 2a zu § 236, Sarwey-Bossert 2 Z. 5 zu § 236, s. auch Hellmann S. 127 o, (nur bei bestehender Gütergemeinschaft).

[327] Jäger 5. Aufl. 13 vgl. mit 17 zu § 236.

[328] Ebenso Opet-Blume 6, III, d zu § 1489: § 216 Abs. 2 sei nicht entspr. anwendbar, es könne nur ein überlebender Ehegatte vorhanden sein.

[329] Wolff 2 Abs. 2 zu § 236.

[330] 5. Aufl. 17 zu § 236.

[331] Anm. 26 zu § 2 KO.

nicht schon bei Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft (d. h. des Todes des andern Gatten, § 1483 B.G.B.)[332] persönlich gehaftet hat, § 236 S. 3 KO.[333]. Als Gründe für diese Beschränkung (die eine Abweichung von § 217 Abs. 1 KO. „jeder Nachlaßgläubiger" darstellt) werden folgende angeführt. In der Begründung zur Konkursnovelle S. 53 (Hahn-Mugdan VII S. 260): Das Antragsrecht habe für die Gesamtgutsgläubiger, welchen gegenüber der überlebende Gatte zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht persönlich haftete, praktische Bedeutung, sie können, wenn der überlebende Gatte Konkurseröffnung beantragt, Befriedigung überhaupt nur aus dem Gesamtgut finden und haben daher ein Interesse daran, daß dieser Erfolg nicht erst zu einem Zeitpunkt herbeigeführt werde, in welchem der Stand des Gesamtguts ihnen keinerlei Aussicht mehr eröffnet. Anders liegen die Verhältnisse für die Gesamtgutsgläubiger, denen der überlebende Ehegatte von vornherein persönlich haftet. Ihre Rechtslage bleibe bei dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft völlig unverändert [? Konkurrenz der Gläubiger des überlebenden Gatten, die erst durch den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach § 1488 B.G.B. Gesamtgutsgläubiger geworden sind, s. o. S. 60 bei Anm. 310 und 311 und Anm. 364]; mit Rücksicht hierauf bestimme der Entwurf, daß sie zum Eröffnungsantrag nicht berechtigt seien. Bei Hellmann (S. 617 f., 132): Die Gläubiger, denen der überlebende Gatte schon zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft persönlich gehaftet hat, haben kein Interesse daran, eine Sonderung des Gesamtguts von dem sonstigen Vermögen herbeizuführen [? Schutz dieser, soweit sie bei Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft schon Gesamtgutsgläubiger sind, gegen die Konkurrenz der Gläubiger des überlebenden Gatten, die erst durch diesen Eintritt nach § 1488 B.G.B. Gesamtgutsgläubiger geworden sind, s. das oben Anm. 310 und 311 Bemerkte, s. auch unten Anm. 364], sie behalten ihren bisherigen persönlich haftenden Schuldner, ihre Interessen seien genügend dadurch gewahrt, daß sie über diesen Schuldner den Konkurs beantragen können. der dann das Gesamtgut mit umfasse (?, s. das vorhin Gesagte), dagegen können die, denen der überlebende Gatte zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft noch nicht persönlich gehaftet hat, sich nur an das Gesamtgut halten, sobald der Konkurs über dieses begonnen hat (§ 1489 Abs. 2 vgl. § 1975 B.G.B.), ihre Rechtslage habe sich durch den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft geändert, insofern sie ihren bisherigen persönlich haftenden Schuldner verloren haben, sie sollen daher die Zeit der Konkurseinleitung nach Maßgabe ihrer Interessen bestimmen können. Bei Meyer-Bleyer 2 zu § 236: für die, denen der Überlebende zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft persönlich haftete, bestehe „kein Absonderungsbedürfnis" (s. dagegen das betr. Hellmann-Bemerkte). Bei Wilmowski 6 zu § 236: die Rechtslage der Gläubiger, denen schon zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft der überlebende Gatte persönlich haftete, werde durch den Eintritt der fortgesetzten

[332] S. Hellmann 617.

[333] Diese Schranke gilt auch für Vorrechtsansprüche i. S. des § 61 KO., s. Jäger 18 zu § 236.

Gütergemeinschaft nicht verändert (?. s. o. das betr. § 1488 B.G.B. Bemerkte), während die Verbindlichkeiten, für die der überlebende Gatte zu der entscheidenden Zeit nicht persönlich haftete, durch den Konkurs von der persönlichen Haftung des überlebenden Ehegatten auch fernerhin ausgeschlossen werden können (gemeint ist nach § 1489 Abs. 2 vgl. mit § 1975 B.G.B., s. o. bei Hellmann) und deshalb deren Gläubiger ein Interesse haben, daß das Verfahren zeitig eröffnet wird. Bei Jäger (4 zu § 236): ein Schutzbedürfnis gegenüber den Wirkungen der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestehe nicht für und wider [ein „wider" kommt doch für die Frage des Antragsrechts der Gläubiger gar nicht in Betracht!] solche Gesamtgutsgläubiger, denen der überlebende Ehegatte bereits beim Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft persönlich haftete, denn einerseits hatte der Ehegatte schon bisher den Zugriff dieser Gläubiger auf sein übriges Vermögen zu dulden [das käme nur für das „wider" in Betracht, das aber, s. o., auszuscheiden hat], andererseits verändere sich die Rechtslage solcher Gesamtgutsgläubiger infolge dieses Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht (?, s. o. betr. § 1488 B.G.B.), deshalb versage ihnen das Gesetz das Antragsrecht. Solchen Gesamtgutsgläubigern dagegen, die im Falle der Eröffnung des Gesamtgutskonkurses ausschließlich aus Gesamtgutsmitteln Befriedigung zu beanspruchen haben, müsse daran gelegen sein, daß dieser Konkurs rechtzeitig, nicht erst nach völliger Abwirtschaftung eröffnet wird. Darum haben sie das Gläubigerantragsrecht. Plausibel ist hievon für die Differenzierung innerhalb der Gesamtgutsgläubiger deren Forderungen — als Gesamtgutsforderungen — schon zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestanden, in § 236 Satz 2 und 3 höchstens, daß die Gesamtgutsgläubiger, denen zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft der überlebende Gatte noch nicht persönlich haftete, riskiren, durch Eröffnung des Gesamtgutskonkurses nach § 1489 Abs. 2 vgl. 1975 B.G.B. auf das Gesamtgut beschränkt zu werden, was bei der anderen Kategorie dieser Klasse nicht der Fall ist. Das beweist aber nur das *stärkere* Interesse der ersteren, aber *nicht* das *Nichtinteresse* der zweiten im Punkt der Konkurseröffnung. Diese Bestimmung der lex lata ist also nicht unanfechtbar. In Betracht kommen somit de lege lata als antragsberechtigte Gläubiger, wenn der *Mann* der überlebende Teil ist, diejenigen Gesamtgutsgläubiger, deren Forderungen in der Person der Frau entstanden sind, z. B. bei einer Deliktsschuld der Frau, und für welche die Haftung des Mannes mit der Beendigung der ehelichen Gütergemeinschaft erloschen ist; § 1459 Abs. 2 S. 2 vgl. §§ 1463 ff.[334]). Dagegen sind beim Überleben der *Frau alle* Gesamtgutsgläubiger antragsberech-

[334] Vgl. Jäger 2 zu § 236. *Nicht deutlich* Wolf 5 Abs. 2 zu § 236, nach dem nicht antragsberechtigt sein sollen die, denen der überlebende Gatte „nach § 1459 Abs. 2 B.G.B. persönlich verhaftet ist. Daraus folgt, daß, wenn der Ehemann der überlebende Gatte ist, der Gütergemeinschaftskonkurs in der Regel von keinem Gläubiger beantragt werden kann", *unrichtig* Petersen-Kleinfeller 5 zu § 236: antragsberechtigte Gläubiger seien *nur* vorhanden, wenn die Ehefrau der überlebende Teil ist, ebenso Mentzel 3 zu § 236, wenn der Ehemann der überlebende Teil ist, sei nur dieser zum Antrag berechtigt, nicht ein Gesamtgutsgläubiger, s. auch (zu eng) Gastell 62.

tigt, deren Forderungen allein in der Person des Mannes entstanden sind[335]), z. B. Gläubiger eines vom Mann aufgenommenen Darlehens. Ein beschränktes Antragsrecht haben die im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gesamtgutsgläubiger, da sie den Antrag nur stellen können, wenn über das Vermögen des überlebenden Ehegatten Konkurs eröffnet ist; § 219 Abs. 1 S. 1 vgl. mit § 236 KO.[336].

b) Zum Antrag ist weiter berechtigt der überlebende Ehegatte als Gemeinschuldner (bzw. dessen Vormund, Pfleger)[337], selbst dann wenn er die beschränkte Haftung verwirkt hat (s. o. II, 2); § 216 Abs. 1 S. 2 vgl. § 236 KO.[338]. Er ist aber auch verpflichtet, den Antrag zu stellen, sobald er von der Überschuldung des Gesamtguts Kenntnis erlangt hat; stellt er den Antrag nicht, so macht er sich für den den Gläubigern daraus entstehenden Schaden haftbar; s. § 1980 vgl. § 1489 Abs. 2 B.G.B.[339].

c) Antragsberechtigt ist weiter ein etwaiger Gesamtgutsverwalter; § 217 Abs. 1 vgl. § 236 S. 1 KO., § 1489 Abs. 2 B.G.B.[340]. Dieser ist zum Antrag auch verpflichtet, in gleicher Weise wie der überlebende Ehegatte; § 1985 Abs. 2 vgl. § 1980 B.G.B.

2. Der vom überlebenden Ehegatten gestellte Antrag ist als Gemeinschuldnerantrag ohne weiteres zuzulassen. Die antragsberechtigten Gläubiger dagegen haben bei der Stellung des Antrags ein Doppeltes glaubhaft zu machen: a) daß sie eine Forderung gegen das Gesamtgut schon zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft hatten (§ 236 S. 2 KO.) und daß der überlebende Ehegatte ihnen gegenüber zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht persönlich haftete (§ 236 S. 3 KO.), b) daß das Gesamtgut überschuldet sei[341]. Die Überschuldung ist selbst dann glaubhaft zu machen, wenn der verstorbene Ehegatte die Zahlungen eingestellt hatte. Wenn lediglich Zahlungsunfähigkeit vorliegt, ist ein Konkursverfahren nicht erforderlich, es genügt vielmehr zur Befriedigung der genannten Gläubiger die Anordnung der Gesamtgutsverwaltung.

3. Kein Antragsrecht dagegen haben

a) diejenigen Gläubiger, denen der überlebende Ehegatte schon beim Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft persönlich gehaftet hat; § 236 S. 3 KO.

[335] Gastell 62.

[336] S. Jäger 11 zu § 236, Meyer-Bleyer 2a zu § 236, Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236. Nach Wolff 3 Abs. 2 sollen Ansprüche des § 219 KO. für den Gesamtgutskonkurs nicht vorkommen, so wenig wie solche des § 226 Abs. 2 Z. 4 und 5 (wie es scheint, denkt er an Nachlaßgläubiger, es handelt sich aber um entspr. Anwendung auf Gesamtgutsgläubiger.).

[337] Wolff 5 zu § 236.

[338] A. B. Schmidt 3c, β, ββ, zu § 1489.

[339] Staudinger 3a, β, zu § 1489, Jäger 12 zu § 236, Wolff 6 zu § 236, A. B. Schmidt a. a. O., αα. Die Einschränkung der Antragspflicht durch VO. vom 28. April 1920 (R.G.Bl. S. 696) Fassung des Gesetzes vom 24. Dezember 1922 (R.G.Bl. I, 1923, S. 21) ist durch das Gesetz vom 25. März 1930 (R.G.Bl. I, 93) Art. I weggefallen.

[340] Jäger 11 zu § 236, Wolff 5 zu § 236, Planck II, 3a, zu § 1489, Meyer-Bleyer 2a, zu § 236.

[341] Jäger 11 zu § 236, A. B. Schmidt 3c, β, α α, zu § 1489, Meyer-Bleyer 2a, zu § 236.

b) Ebenfalls nicht antragsberechtigt sind diejenigen Gesamtgutsgläubiger, deren Forderungen erst nach dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstanden sind, da sie überhaupt nicht Konkursgläubiger sind; § 236 S. 2 KO.

c) Nicht antragsberechtigt sind weiter die gemeinschaftlichen Abkömmlinge, sofern sie nicht als Konkursgläubiger dazu berechtigt sind. Dies deshalb, weil sie nach § 1489 Abs. 3 B.G.B für die Gesamtgutsverbindlichkeiten nicht persönlich haften und deshalb keines besonderen Schutzes bedürfen[342]. Sie sind jedoch zu dem Antrag soweit tunlich zu hören, § 236 S. 4 KO., da immerhin ihr Interesse mit im Spiel ist[343].

4. Das Antragsrecht der Gläubiger kann nur binnen einer Frist von 2 Jahren seit dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft[344] von dem überlebenden Ehegatten geltend gemacht werden, § 220 vgl. § 236 KO.

5. Wenn ein Gläubiger seine Forderung im Aufgebotsverfahren angemeldet hat, gilt diese Anmeldung auch für das Gesamtgutskonkursverfahren, s. § 229 vgl. § 236 KO.[345].

6. Zuständig für den Antrag auf Konkurseröffnung ist ausschließlich das Amtsgericht, bei dem der verstorbene Ehegatte zur Zeit des Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte; § 214 vgl. § 236 S. 1 KO.[346].

7. Die Folge der Konkurseröffnung ist, daß die confusio des Gesamtguts mit dem übrigen Vermögen des überlebenden Ehegatten ex tunc aufhört und eine Scheidung der beiden Vermögensmassen eintritt, wie sie ohne das Bestehen der fortgesetzten Gütergemeinschaft eingetreten wäre. Auf den Bestand der fortgesetzten Gütergemeinschaft selbst hat die Konkurseröffnung jedoch keinen Einfluß[347]. Vielmehr kann dem Gesamtgut noch während dieses Konkurses neuer Erwerb des überlebenden Gatten zufließen (§ 1485 B.G.B.) — konkursfrei — und insbesondere nach Einstellung des Verfahrens (§§ 202, 204 KO.), oder nach Zustandekommen eines Zwangsvergleichs die Fortdauer der Gemeinschaft bedeutsam sein. Eine Maßregel eines Gläubigers, der nicht Konkursgläubiger im Gesamtgutskonkurs ist, oder eines solchen der es ist, welche nach dem Eintritt der fortgesetzten

---

[342] Begründung zur Konkursnov. S. 57 (Hahn-Mugdan VII, S. 260), Fitting 503, Wolff 8 zu § 236, Jäger 6 zu § 236, Petersen-Kleinfeller 5 zu § 236, A. B. Schmidt 3 c, β, ααα zu § 1489, Mentzel 4 zu § 236, Plank II, 3a, zu § 1489.

[343] S. auch noch u. Anm. 354, (für den oben S. 62 f. erörterten Fall).

[344] Anders Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236, der die Zweijahresfrist vom Ablauf der sechswöchigen Ablehnungsfrist ab rechnen will, s. §§ 1484, 1943, 1944 B.G.B.

[345] Jäger 19 zu § 236.

[346] S. Fitting 503, Mentzel 3 zu § 236, Jäger 9 zu § 236, Planck II, 3a zu § 1489. Nicht genau die Fassung bei Wolff 7 zu § 236: „zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Ehemann seinen Wohnsitz hat bzw. zur Zeit seines Todes hatte". Richtig Petersen-Kleinfeller: die entspr. Anwendung des § 214 KO. komme nicht nur in Betracht, wenn die Ehefrau der überlebende Teil ist (Zuständigkeit des Amtsgerichts, bei dem der Ehemann z. Zt. seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat, auch wenn die Ehefrau diesen Gerichtsstand z. Zt. der Konkurseröffnung über das Gesamtgut bereits verändert hätte), vielmehr gelte das Gleiche auch umgekehrt, wenn der Ehemann der überlebende Teil ist, und seinen für die Ehefrau zur Zeit ihres Todes maßgebenden allgemeinen Gerichtsstand nachträglich verändert hat.

[347] Jäger 14 zu § 236, Wilmowski 4 zu § 236, Petersen-Kleinfeller 3 zu § 236, Meyer-Bleyer 1 zu § 236.

Gütergemeinschaft, wenn auch vor Konkurseröffnung im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung in das Gesamtgut erfolgt, ist in dem Gesamtgutskonkurs unwirksam, ebenso eine im Wege der einstweiligen Verfügung erlangte Vormerkung [348]. Soweit die Vollstreckung jedoch schon zur Befriedigung geführt hat, behält sie ihre Gültigkeit [349]. Sodann können solche Maßnahmen wieder ihre volle Wirksamkeit erlangen, insbesondere durch Einstellung des Verfahrens wegen Konkursverzichts (§ 202 KO.) und auch wenn die Einstellung „mangels Masse" erfolgt (§ 204 KO.) [350]. Ist eine Vormerkung auf Grund einer Bewilligung des überlebenden Ehegatten eingetragen worden, so behält sie ihre Wirkung auch im Gesamtgutskonkurs, unbeschadet einer Anfechtung und der Schadenersatzpflicht des Verfügenden [351].

IV. Der Gemeinschuldner.

Gemeinschuldner in dem Gesamtgutskonkurs nach § 236 ist nur der überlebende Ehegatte [352], nicht auch der anteilsberechtigte Abkömmling. Der erstere allein hat das Antragsrecht (§ 103 Abs. 2 KO. s. § 236 S. 2 KO.), nur er hat das Beschwerderecht gegen die Konkurseröffnung auf Antrag der Gläubiger (§ 109 KO.), nur er kann Forderungen rechtswirksam im Termin bestreiten (§ 141 Abs. 2 KO.) und nur er kann einen Zwangsvergleich vorschlagen (§ 173 KO.) [353]. Die anteilsberechtigten Abkömmlinge sind nicht Mitträger der Gemeinschuldnerrolle [354]. Auf der andern Seite

---

[348] § 221 vgl. § 236 KO., s. Jäger 21 zu § 236 (u. dort Zit.), Planck II, 3a, zu § 1489, A. B. Schmidt 3c, β, ζ ζ zu § 1489, Seuffert Konkurspr. S. 177.

[349] Vgl. Jäger 6 zu § 221.

[350] Vgl. Jäger 8 zu § 221

[351] Vgl. Jäger 9 zu § 221.

[352] Wird die fortgesetzte Gütergemeinschaft im Lauf des Verfahrens aufgehoben, so hat dies auf das weitere Verfahren nur denselben Einfluß, wie der Tod des Gemeinschuldners im gewöhnlichen Konkurs, s. dazu Jäger 21 ff. zu § 214. Dies gilt insbesondere, wenn der überlebende Gatte stirbt, Wilmowski 4 zu § 236.

[353] S. zu allem Jäger 16 zu § 236, Planck II, 3a, zu § 1489, Wilmowski 4 zu § 236, Petersen-Kleinfeller 8 zu § 236, A. B. Schmidt 3c, β, γ γ zu § 1489.

[354] Planck II, 3a zu § 1489, A. B. Schmidt 3c, β, αα zu § 1489, Jäger 15 zu § 236, (ihre Mitberechtigung am Gesamtgut bleibe ebenso unbeachtet, wie die Mitherrschaft der Ehefrau in § 2 Abs. 1, 2 KO., das bestätige § 2 Abs. 3 KO. und für den Gesamtgutskonkurs § 236 S. 4 KO. durch Versagen der Antragsbefugnis). Eine Ausnahme besteht aber in dem o. S. 62 f. erörterten Fall, daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft ihr Ende erreicht hat. Hier ist Gemeinschuldner nicht mehr der überlebende Gatte allein, sondern auch die anteilsberechtigten Abkömmlinge treten mit in die Gemeinschuldnerrolle (Hagenguth 60 f., Wilmowski 4 zu § 236, Wolff 2 Abs. 2 zu § 236). Beim Antrag auf Eröffnung sind dann die für den Fall des Vorhandenseins mehrerer Erben gegebenen Vorschriften § 217 Abs. 2 vgl. auch Abs. 1 KO. entspr. anwendbar, ebenso beim Zwangsvergleich § 230 Abs. 1 KO. (s. Wilmowski, Hagenguth a. a. O.), überhaupt hat dann jeder anteilsberechtigte Abkömmling die der Stellung eines Miterben im Nachlaßkonkurs entsprechende Stellung (Wilmowski a. a. O.). Wolff 2 Abs. 2 zu § 236 bejaht zwar betr. Zwangsvergleich und Widerspruch gegen angemeldete Forderungen, daß hier nur gemeinschaftliche Legitimation bestehe, meint aber, die Befugnis, den Antrag auf Eröffnung zu stellen, sei den Abkömmlingen durch die ausdrückliche Vorschrift des § 236 S. 4 KO. versagt — das ist aber eine offenbare Inkonsequenz, § 236 S. 4 spricht nur vom Normalfall. Den § 230 Abs. 1 KO. erklärt für unanwendbar Petersen-Kleinfeller 7

unterliegt den Pflichten und konkursmäßigen Beschränkungen eines Gemeinschuldners z. B. nach den §§ 100, 101, 125 KO. auch nur der überlebende Ehegatte [355]. Er allein ist wegen seiner in Ansehung des Gesamtguts verübten Handlungen auf Grund der Eröffnung des Gesamtgutskonkurses nach Maßgabe der §§ 239 bis 241 KO. als Täter strafbar [356]. Für die Zeit des Bestehens der ehelichen Gütergemeinschaft, vor dem Tod des verstorbenen Ehegatten ist jedoch die Person des Mannes maßgebend, sofern ihm bis dahin die Verwaltung des Gesamtguts zustand [357], da im Nachlaßkonkurs für die Zeit vor dem Erbfall die vom Gemeinschuldner geltenden Gesetzesvorschriften auf den Erblasser zu beziehen sind [358] und gemäß §§ 214 ff. vgl. § 236 S. 1, Entsprechendes auch für den Gesamtgutskonkurs gilt. Dies gilt namentlich für die Konkursanfechtung (§§ 29 ff. KO.), wo es für die Zeit vor dem Tod auf seine Handlungen bezw. Handlungen ihm gegenüber ankommt [359], weiter z. B. für das Konkursvorrecht eines Mündels des „Gemeinschuldners" nach § 61 Z. 5 KO. [360]. Die in § 61 Z. 1 vorgesehene Erstreckung des Lidlohnvorrechts auf Rückstände für das letzte Jahr vor dem Ableben des „Gemeinschuldners" gilt auch für den Gesamtgutskonkurs [361].

V. Die Konkursgläubiger.

1. An dem Gesamtgutskonkurs können sich als Gläubiger nur beteiligen [362] die Gläubiger, die schon zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft eine Forderung gegen das Gesamtgut hatten [363], § 236

---

zu § 236, Jäger 5. Auflage 15 zu § 236, s. auch 17 zu § 236 erklärt in Konsequenz seiner früher betr. § 216 Abs. 2 KO. vertretenen Ansicht (s. o. S. 63 f.) die Vorschriften §§ 217 Abs. 1, 2; 230 Abs. 1 KO. über Rechte der Miterben auf die Mitberechtigung des überlebenden Gatten und der Abkömmlinge nicht für entsprechend anwendbar, § 236 S. 4 schalte diese Analogie aus.

[355] Jäger 15 zu § 236, Seuffert Konkurspr. S. 300, Petersen-Kleinfeller 8 zu § 236, A. B. Schmidt 3c, β, γγ, zu § 1489.

[356] Jäger, Kleinfeller a. a. O.

[357] Jäger 15 zu § 236, Meyer-Bleyer 2, b zu § 236, Petersen-Kleinfeller 8 zu § 236 („die Person des zur Verwaltung des Gesamtguts berufenen Ehegatten"), s. auch Wolff 2 Abs. 3 zu § 236.

[358] S. Jäger 7 zu § 14.

[359] S. Jäger 15 zu § 236, vgl. 8 zu § 214, Meyer-Bleyer 2 b zu § 2, Wolff 2 Abs. 3 zu § 236, Petersen-Kleinfeller 8 zu § 236, Mentzel 1 a. E. zu § 236.

[360] S. Jäger a. a. O., Wolff a. a. O., Meyer-Bleyer a. a. O. OLG. Hamburg S. A. 60 Nr. 180.

[361] S. Jäger 15 zu § 236 (8 zu § 214), Wolff a. a. O.

[362] Dies gilt auch für die Vorrechtsansprüche i. S. des § 61 KO., Jäger 18 zu § 236.

[363] Der § 236 S. 2 KO. ist zu lesen: „als Gesamtgutsforderungen bestanden". So Wolff 3, 5 zu § 236, Wilmowski 6 zu § 236, Planck II, 3a zu § 1489 (S. 488 Abs. 2, Abs. 5), Gastell 52 und bes. Jäger 5 zu § 236 (der Wortlaut des Gesetzes könnte zur Annahme verleiten, als käme es nur darauf an, daß die Forderungen beim Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft überhaupt „bestanden", der Sinn des Gesetzes ergebe aber, daß sie zu dieser Zeit bereits als „Gesamtgutsverbindlichkeiten" bestanden, also schon beim Tod des verstorbenen Ehegatten auf dem Gesamtgut gelastet haben müssen. Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht auch, daß an Stelle des Nachlasses das Gesamtgut in dem Bestand tritt, den es zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft hatte (§ 1489 Abs. 2 B.G.B.) s. o. S. 60, s. in dieser Richtung Jäger 5 zu § 236, Wilmowski 6 zu § 236.

S. 2 KO.,[364] aber auch alle diese, gleichgültig, ob sie antragsberechtigt sind oder nicht [365]. Auch letztere, die nicht Antragsberechtigten, werden bei Bemessung der Überschuldung in Ansatz gebracht, bei den Verteilungen berücksichtigt und von den Wirkungen der konkursrechtlichen Feststellung, wie des Zwangsvergleichs ergriffen [366].

2. Besonders können Gläubiger in dem Gesamtgutskonkurs folgende sein: a) der überlebende Gatte selbst, trotzdem er Gemeinschuldner ist[367],

aa) er kann (§ 225 Abs. 1 vgl. § 236 KO.) die ihm gegen das Gesamtgut zustehenden Forderungen wie ein anderer Gläubiger geltend machen, z. B. wenn die Frau aus Mitteln ihres Vorbehaltsguts dem Gesamtgut ein Darlehen gewährt hat[368].

bb) Er tritt an Stelle eines Gesamtgutsgläubigers, bei Berichtigung einer Gesamtgutsverbindlichkeit, wenn der berichtigende Ehegatte den Um-

---

[364] Also nicht die, die erst infolge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft Gesamtgutsgläubiger geworden sind, § 1488 B.G.B. mögen auch ihre Forderungen gegen den überlebenden Gatten schon früher bestanden haben, s. Wilmowski 6 zu § 236, Wolff 3 Abs. 2 zu § 236 (persönliche Schulden des überlebenden Gatten, die zur Zeit des Todes nicht das Gesamtgut belasteten, Schulden i. S. der §§ 1461, 1462 — anders Schulden i. S. der §§ 1463—1465 B.G.B.), bes. Jäger 5 zu § 236: kein Schutzbedürfnis gegenüber den Wirkungen der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestehe für und wider Gläubiger (das „wider" kommt doch für die Frage des Beteiligungsrechts der Gläubiger nicht in Betracht), denen beim Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft das Gesamtgut noch nicht haftete, mögen diese Ansprüche auch schon vor diesem Zeitpunkt entstanden sein. Motiviert wird deren Nichtzulassung bei Jäger a. a. O. damit, daß der Zweck des Gesamtgutskonkurses dahin gehe, gegen die infolge der Gemeinschaftsfortsetzung eintretende Verschiebung der Haftungslage Schutz zu bieten; wie der Nachlaßkonkurs die Eigengläubiger vom Zugriff auf den Nachlaß, so soll der Gesamtgutskonkurs alle nicht schon bisher zu den Gesamtgutsgläubigern zählenden Gläubiger des überlebenden Gatten vom Zugriff auf das Gesamtgut ausschließen. Jäger ist beizustimmen. Dies ist in der Tat der wahre Grund der Nichtzulassung der letzteren (s. auch das o. S. 60 bei Anm. 310 u. 311 und o. S. 63 ff. III, 1a Bemerkte), daß ein Bedürfnis des Schutzes gerade gegen sie besteht.

Im einzelnen ergibt sich daraus folgendes: Wenn der Mann überlebt, kommen alle seine beim Tod der Frau begründeten Verbindlichkeiten als Konkursforderungen in Betracht (Planck II, 3a zu § 1489), da sie alle schon Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft § 1459 Abs. 1 B.G.B. waren, s. Jäger 5 zu § 236, Meyer-Bleyer 2d zu § 2. Wenn aber die Frau überlebt, stellen die ihrer bisherigen Schulden, die keine Gesamtgutsverbindlichkeiten der ehelichen Gütergemeinschaft waren (§§ 1460—1462 B.G.B.), sondern erst infolge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu Gesamtgutsverbindlichkeiten geworden sind (§ 1488), keine Konkursforderungen dar, erleidet also insoweit der Grundsatz des § 3 KO. eine Einschränkung, Meyer-Bleyer a. a. O., Jäger 5, 18 zu § 236, Planck II, 3a zu § 1489. Diesen letzteren ist nicht nur die Antragsbefugnis, sondern schlechthin die Eigenschaft von Konkursgläubigern entzogen. Ihre Ansprüche werden bei Bemessung der Überschuldung nicht angesetzt, bei Verteilungen nicht berücksichtigt, von den Wirkungen der Feststellung und des Zwangsvergleichs nicht berührt, nur ein etwaiger Überschuß des Gesamtgutskonkurses würde ihnen zufließen.

[365] S. Jäger 4 zu § 236. Also auch die Gesamtgutsgläubiger, denen der überlebende Gatte beim Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft bereits persönlich haftete, s. Jäger a. a. O., Fitting 502 u. Wilmowski 6 zu § 236, Wolff 3 zu § 236, Petersen-Kleinfeller 4 zu § 236, Gastell 62 (dieser betr. Frauengläubiger).

[366] Jäger 4 zu § 236.

[367] Jäger 18 zu § 236, Petersen-Kleinfeller 4 a. E. zu § 236, Planck II, 3a zu § 1489, A. B. Schmidt 3c, β, δδ zu § 1489, Meyer-Bleyer 2d zu § 236.

[368] Jäger 18 zu § 236, Planck a. a. O., A. B. Schmidt a. a. O., Meyer-Bleyer a. a. O.

ständen nach die vollkommene Zulänglichkeit des Gesamtguts nicht annehmen durfte (§ 225 Abs. 2 vgl. § 236 KO.)[369].

cc) Endlich kann er die einzelnen Gesamtgutsgläubigern zustehenden Forderungen geltend machen, wenn er diesen Gläubigern auch persönlich haftet, falls diese ihre Forderungen im Gesamtgutskonkurs nicht geltend machen, § 225 Abs 3 vgl. § 236 KO.[370])

b) auch der anteilsberechtigte Abkömmling kann in concreto Konkursgläubiger (und als solcher auch zur Beantragung des Gesamtgutskonkurses berechtigt) sein[371].

c) Als Konkursforderungen können in dem Verfahren nach § 236 S. 1 vgl. § 226 Abs. 2 Ziffer 1—3, 227 KO. abweichend vom gewöhnlichen Verfahren (vgl. § 63 Nr. 1, 3 und 4 KO.) auch angemeldet werden:

aa) die seit Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen der gewöhnlichen Konkursforderungen;

bb) die gegen den verstorbenen Ehegatten[372] erkannten Geldstrafen (mit Zinsen, s. § 227 vgl. § 236 S. 1 KO.)[373];

cc) die Verbindlichkeiten aus einer Freigebigkeit des verstorbenen Ehegatten[374] unter Lebenden, wenn diese Schulden Gesamtgutsverbindlichkeiten sind (mit Zinsen, s. § 227 vgl. § 236 S. 1 KO.)[375].

Im Range stehen jedoch diese Forderungen den gewöhnlichen Konkursforderungen nach und werden erst nach den anderen Konkursforderungen in der angeführten Reihenfolge erfüllt, s. § 226 Abs. 2 vgl. 236 S. 1 KO.

d) Die im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossenen Gläubiger[376] kommen erst nach den oben sub. c) genannten minderberechtigten Forderungen zum Zuge; § 226 Abs. 4 vgl. § 236 S. 1 KO.[377] (mit Zinsen § 227 vgl. § 226 S. 1 KO.). Einen Anspruch auf Befriedigung aus dem, was der überlebende Ehegatte infolge seiner Verwaltung nach §§ 1978—1980 B.G.B. zur Masse zu ersetzen hat, haben sie nur, soweit dieser auch nach den Vorschriften der ungerechtfertigten Bereicherung ersatzpflichtig sein würde, § 228 Abs. 2 vgl. mit § 236 S. 1 KO.

3. Nicht an dem Konkursverfahren nehmen Teil die Gesamtgutsgläubiger, deren Forderungen nicht schon (als Gesamtgutsforderungen, s. o. Z. 1) zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft bestanden

---

[369] Jäger 18 zu § 236.

[370] S. Jäger 18 zu § 236.

[371] S. Jäger a. a. O., A. B. Schmidt 3c, β, δδ zu § 1489, Meyer-Bleyer 2a zu § 236.

[372] Nach Wilmowski 2 zu § 236 auch gegen den überlebenden Ehegatten.

[373] Für entsprechende Anwendbarkeit von § 227, s. Jäger 19 zu § 236.

[374] Nach Wilmowski a. a. O., auch des überlebenden Gatten.

[375] Vgl. zu allem Jäger 19 zu § 236, Wolff 3 Abs. 2 zu § 236, Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236, Mentzel 2 zu § 236, Meyer-Bleyer 2d zu § 2.

[376] Nach Wolff 3 Abs. 2 zu § 236 kommen solche nicht in Betracht. Dieser Ansicht ist nicht beizutreten, sie ist ohne Grund, die allgemeine Verweisung von § 236 S. 1 spricht gegen sie.

[377] Jäger 19 zu § 236.

haben, § 236 S. 2 KO., sondern erst mit[378] oder nach demselben entstanden sind. Daher nicht Forderungen, welche durch die Verwaltung der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstanden sind[379]. Daher sind Abkömmlinge, denen nach § 1511 B.G.B der Pflichtteil aus dem Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft zu entrichten ist, nicht Konkursgläubiger, denn ihr Pflichtteilsanspruch hat zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft noch nicht bestanden. Ebenso können nicht Vermächtnisse und Auflagen in Betracht kommen, da das Gesamtgut mit solchen nicht belastet werden kann und die Ansprüche aus solchen jedenfalls erst mit dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstünden[380]. Umsomehr ist § 222 KO. hier anwendbar[381].

VI. Massekosten und Masseschulden.

1. Massekosten sind wie im gewöhnlichen Konkursverfahren die Gerichtskosten für das Verfahren, die für die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Masse entstehenden Ausgaben und die dem Gemeinschuldner und dessen Familie gewährte Unterstützung, § 58 KO.

2. Masseschulden sind in dem Gesamtgutskonkurs außer den Ansprüchen, welche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters entstehen und denen, welche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse herrühren, sowie den aus zweiseitigen Verträgen entspringenden Ansprüchen,

---

[378] Hellmann 618 Anm. 2, Meyer-Bleyer 2d zu § 236, a. M. Seuffert Konkurspr. S. 43, der nur die nach Eintritt entstandenen ausschließen will, aber § 236 S. 2 KO. sagt deutlich: „schon zur Zeit des Eintritts bestanden".

[379] Wolff 3 vgl. 1 zu § 236.

[380] Wie oben Hellmann 618, so Jäger 18 zu § 236 (die Anwendbarkeit des § 226 Abs. 2 Z. 4, 5, § 228 Abs. 1 KO. scheide aus: Pflichtteile Vermächtnisse, Auflagen kommen im Verfahren des § 236 überhaupt nicht zum Zuge, so auch nicht der Pflichtteilsanspruch des § 1511 Abs. 2 B.G.B. Es genüge nicht, daß er beim Tod des verstorbenen Ehegatten entstanden ist, § 1511 Abs. 2 vgl. mit § 2317 Abs. 1 B.G.B. Er müßte nach Satz 2 des § 236 KO., um im Gesamtgutskonkurs verfolgbar zu sein, damals bereits als Gesamtgutsverbindlichkeit bestanden haben), so weiter Planck II, 3a zu § 1489 (nicht in Betracht komme der Pflichtteilsanspruch nach § 1511), Mentzel 2 zu § 236, Meyer-Bleyer 2e zu § 236, Wolff 3 Abs. 2 zu § 236 (Ansprüche des § 226 Abs. 2 Z. 4 und 5 KO. können für den Gütergemeinschaftskonkurs nicht vorkommen). Die Frage ist sehr bestritten: A. M. bes. Seuffert Konkursprozeßr. S. 43. Er nimmt an: die Verbindlichkeiten aus Pflichtteilen, Vermächtnissen, Auflagen, welche aus dem Gesamtgut zu entrichten sind, sind Verbindlichkeiten des überlebenden Gatten, daher Gesamtgutsverbindlichkeiten (§ 1488 B.G.B.) und zwar sind es Verbindlichkeiten, die mit dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft, nicht erst nach deren Eintritt entstanden sind, daher sind die Gläubiger dieser Verbindlichkeiten Konkursgläubiger des Gesamtgutskonkurses. S. dagegen das o. Anm. 378 Bemerkte. A. M. weiter Wilmowski 2 zu § 236: Pflichtteilsrechte und Vermächtnisse, § 226 Z. 4 und 5, können in Betracht kommen, wenn der verstorbene Ehegatte einen Abkömmling von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen hat, § 1511 B.G.B. Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236: § 226 Abs. 2 Z. 4 und 5 kommen (nur) in Betracht, wenn der überlebende Gatte zugleich Erbe des verstorbenen geworden sei und zwar nach Maßgabe des Erbteils des überlebenden (§ 1488 B.G.B.).

[381] Jäger 18 zu § 236 (Rückgewährpflicht, wenn der Überlebende vor Eröffnung des Verfahrens den Pflichtteilsanspruch aus Gesamtgutsmitteln gedeckt hat).

deren Erfüllung zur Konkursmasse verlangt wird oder für die Zeit nach der Konkurseröffnung erfolgen muß (§ 59 KO.) noch weiter: [382]

a) nach § 224 Ziff. 1 vgl. § 236 S. 1 KO. Ersatzansprüche für Aufwendungen, die der überlebende Ehegatte zum Zwecke der Verwaltung des Gesamtgutes gemacht hat, und zwar nach Fortsetzung der Gütergemeinschaft, soweit er sie den Umständen nach für erforderlich halten durfte; § 1978 Abs. 3 vgl. mit § 670 B.G.B., vorher jedoch nur, soweit sie im Interesse der Gläubiger waren und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen der Gläubiger entsprachen, § 1978 Abs. 3 vgl. § 683 B.G.B., und Ansprüche für Berichtigung von Gesamtgutsverbindlichkeiten, wenn der überlebende Ehegatte den Umständen nach annehmen durfte, daß das Gesamtgut zur Berichtigung aller Gesamtgutsverbindlichkeiten ausreiche, § 1979 B.G.B.[383].

b) die im Falle der Todeserklärung dem Gesamtgut zur Last fallenden Kosten des Verfahrens, § 224 Ziff. 3 vgl. § 236 S. 1 KO.[384].

c) Die Kosten einer Gesamtgutsverwaltung, Gesamtgutspflegschaft[385], des Aufgebots der Gesamtgutsgläubiger, § 224 Ziff. 4 vgl. § 236 KO.[386].

d) Die Verbindlichkeiten, welche aus dem von einem Gesamtgutspfleger vorgenommenen Rechtsgeschäfte herrühren; § 224 Ziff. 5 vgl. § 236 S. 1 KO.[387].

e) Die Verbindlichkeiten, welche für den überlebenden Ehegatten gegenüber einem Gesamtgutspfleger aus dessen Geschäftsführung entstanden sind, soweit die Geschäftsführung den Gläubigern gegenüber gerechtfertigt ist, § 224 Z. 6 vgl. § 236 S. 1 KO.[388].

VII. Die Konkursmasse.

1. Konkursmasse in dem Gesamtgutskonkurs nach § 236 ist, wie schon der Name sagt, das beschlagsfähige Gesamtgut und zwar in dem Umfang, den es zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat, § 1489 Abs. 2 B.G.B.[389]. Dazu kommen noch die Vergrößerungen des Gesamtguts aus sich selbst[390], insbesondere die Früchte, Zinsen und Nutzungen[391] und was als Ersatz für die Zerstörung oder Entziehung eines zum Gesamtgut gehörigen Gegenstandes erworben wird[392]. Was der Ge-

[382] Vgl. Jäger 18 zu § 236, A. B. Schmidt 3, β, δδ zu § 1489, Seuffert Konkursprozeßr. S. 248, Meyer-Bleyer 2b zu § 236.

[383] S. Jäger 18 zu § 236, Planck II, 3a zu § 1489, Wilmowski 2 zu § 236. Wegen dieser Aufwendungen hat der überlebende kein Zurückbehaltungsrecht (§ 223 vgl. § 236 S. 1 KO.), er braucht auch ein solches nicht, da er eben Massegläubiger ist.

[384] S. Wilmowski 2 zu § 236.

[385] Eine Gesamtgutspflegschaft kann (§ 224 Z. 4, 5, 6) in Betracht kommen, wenn das Vorhandensein des überlebenden Gatten oder der Abkömmlinge nicht bekannt ist, Wilmowski 2 zu § 236, der hier — schief — von „Nachlaßpflegschaft" spricht.

[386] Wilmowski 2 zu § 236.

[387] S. Wolff 3 Abs. 1 zu § 236 — schief — (von „Nachlaßverwaltung" redend, s. aber dens. 5 zu § 236), Wilmowski 2 zu § 236.

[388] Wilmowski 2 zu § 236.

[389] Jäger 20 zu § 236, Meyer-Bleyer 2b zu § 236, vgl. auch o. Anm. 316.

[390] Jäger a. a. O. Mentzel 1 zu § 236, Meyer-Bleyer a. a. O.

[391] Auch Lotteriegewinn, Jäger a. a. O.

[392] S. Wolff 1 zu § 236, Petersen-Kleinfeller 1 zu § 236 vgl. § 2041 B.G.B.

samtgutsverwalter auf Grund seiner Verwaltung erwirbt, fällt auch in die Masse, s. § 2041 B.G.B.[393]. Weiter gehören zur Konkursmasse die Ersatzansprüche, welche für die Gläubiger aus der interimistischen Verwaltung des überlebenden Ehegatten nach § 1978 Abs. 2 vgl. § 1489 Abs. 2 B.G.B. entstehen[394], besonders wegen Verbrauchs, Veräußerung oder Verwahrlosung von Gesamtgutsgegenständen[395]. Weiter die Rückgewähr bei Anfechtung[396] (s. u. VIII).

2. Nicht dagegen gehören zur Konkursmasse die Neuerwerbungen, d. h. die erst nach dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft, wenn auch vor Konkursbeginn erfolgten Erwerbungen zum Gesamtgut, § 1489 Abs. 2 B.G.B.[397], wie auch entsprechend Gesamtgutsverbindlichkeiten, welche erst nach dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft entstehen, nicht Konkursforderungen sind (§ 236 S. 2 KO.).

Was der überlebende Ehegatte aus dem etwaigen Nachlaß des verstorbenen erwirbt, gehört nicht zur Konkursmasse, da es zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft noch nicht Gesamtgut war, noch weniger gehört dazu, was der überlebende Ehegatte sonst neu, insbesondere von Todes wegen erwirbt (§ 1485 Abs. 1 B.G.B.)[398].

VIII. Die Anfechtung.

Wie bereits oben (S. 69) erwähnt, kommt bei der Anfechtung für die vor dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft vorgenommenen Rechtshandlungen das Handeln des Ehemannes — sofern ihm die Verwaltung des Gesamtguts zustand — bzw. das Handeln ihm gegenüber in Betracht, für die Zeit nach diesem Eintritt das Handeln des überlebenden Gatten bzw. ihm gegenüber.

In Ansehung der Gläubigeranfechtung wird das Gesamtgut speziell wie ein Nachlaß behandelt, § 222 vgl. § 236 KO. Der überlebende Ehegatte gilt als der Erbe, die Abkömmlinge werden im Falle des § 1511 Abs. 2 wie Pflichtteilsberechtigte, die nach § 1514 B.G.B. Bedachten wie Vermächtnisnehmer behandelt. Hat der überlebende Ehegatte Pflichtteile bzw. Anteile am Gesamtgut, Vermächtnisse und Auflagen erfüllt, so ist die Leistung in gleicher Weise anfechtbar wie eine unentgeltliche Verfügung, § 222 vgl. § 236 S. 1 KO.[399].

IX. Das Konkursverfahren im Einzelnen.

Nach § 236 S. 1 KO. finden auf das Konkursverfahren über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft, die Vorschriften des §§ 214 bis 234 KO. betr. Nachlaßkonkurs entsprechende Anwendung. Die entspr.

---

[393] S. Wolff 3 Abs. 1 zu § 236 (von „Nachlaßverwaltung" redend, s. aber dens. Anm. 5 zu § 236).

[394] Jäger 20 zu § 236, Mentzel 1 zu § 236, Meyer-Bleyer 2b zu § 236.

[395] Zur Masse gehört speziell auch der Ersatzanspruch wegen nicht rechtzeitigen Antrags (s. o. S. 66 sub. b), vgl. Jäger 12 zu § 236.

[396] S. Mentzel 1a. E. zu § 326.

[397] Jäger 20 zu § 236, Mentzel 1 zu § 236, Meyer-Bleyer 2b zu § 236 s. auch Wolff 1 zu § 236.

[398] Jäger a. a. O.

[399] S. o. Anm. 381.

Anwendung[400] ist freilich vielfach sehr schwierig und zweifelhaft. Zunächst ist allgemein zu sagen, daß statt „Nachlaß" zu setzen ist „Gesamtgut", statt „Eintritt des Erbfalls" „Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft"[401], statte „Erbe" „überlebender Ehegatte"[402], statt „Erblasser" „verstorbener Gatte"[403], statt „Nachlaßverwalter" „Gesamtgutsverwalter"[404], statt „Nachlaßverbindlichkeit" „Gesamtgutsverbindlichkeit", statt „Nachlaßgläubiger" „Gesamtgutsgläubiger"[405]. Im einzelnen sind entspr. anwendbar §§ 214, 215 s. o. S. 67 Z. 6, Anm. 312. Der § 216 Abs. 1 KO. ist nur anwendbar,[406] wenn man die Worte „die Erbschaft noch nicht angenommen hat" wegläßt und dafür sagt: noch das Recht hat, die Fortsetzung der Gütergemeinschaft abzulehnen" (s. dazu o. S. 61 f). Daß § 216 Abs. 2 KO. auch auf den Gesamtgutskonkurs nach § 236 S. 1 KO. entsprechend Anwendung findet, ist o. schon ausgeführt (s. o. S. 62 f.)[407]. § 217 Abs. 2 KO. ist regelmäßig nicht anwendbar, ebenso § 230 Abs. 1, da es nur einen überlebenden Ehegatten gibt[408], der (s. o.) an Stelle des „Erben" tritt, anwendbar aber evtl. in den o. S. 62 f. besprochenen Fall beendeter fortgesetzter Gütergemeinschaft, s. o. Anm. 354[409]. Der § 217 Abs. 1 muß dahin geändert werden, daß statt Nachlaßverwalter gesetzt wird: Gesamtgutsverwalter[410] und die Worte „ein Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Nachlasses zusteht", weggelassen werden[411], betr. „jeder Erbe" s. das zu § 217 Abs. 2 Bemerkte, betr. „jeder Nachlaßgläubiger" s. § 236 S. 2, 3 (vgl. o. S. 63 f., III, 1, S. 69 f., V, 1). § 217 Abs. 3 ist wiederum nicht anwendbar[412]. Bei § 218 Abs. 1 S. 1 vertritt Opet-Blume[413] die Ansicht, es müssen die Worte „und gehört der Nachlaß zum eingebrachten Gut oder zum Gesamtgut" weggelassen werden, § 218 Abs. 1 S. 2 sei entsprechend nur anzuwenden, wenn die Worte „wenn der Nachlaß zum Ge-

[400] S. dazu bes. Opet-Blume 6, III, d zu § 1489, vgl. auch 5 daselbst.

[401] Opet-Blume a. a. O. 5, Wilmowski 2 zu § 236, Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236 (betr. § 221).

[402] So Opet-Blume a. a. O. 5, Seuffert Konkursprozeßr. S. 248, Hellmann 617, Wilmowski 2 zu § 236, Wolff 2 zu § 236, s. aber u. betr. §§ 216 Abs. 2, 217 Abs. 1 und 2, § 218 Abs. 1, 219 Abs. 2, 230 Abs. 1, 234 Abs. 2 KO.

[403] Opet-Blume 6, III, d zu § 1489. Zuweilen auch (§ 226 Abs. 2 Z. 2 u. 3 KO.) daneben „überlebende Gatte", so Wilmowski 2 zu § 236, s. o. Anm. 372 und 374.

[404] Opet-Blume a. a. O. 5, Wolff 5 zu § 236, Meyer-Bleyer 1 zu § 236. Statt „Nachlaßpfleger" „Gesamtgutspfleger", Opet-Blume a. a. O. 5, s. auch (mit falscher Fassung) Wilmowski 2 zu § 236 (s. o. Anm. 385).

[405] Opet-Blume a. a. O. 5. Freilich kommen hier z. Teil Einschränkungen in Betracht, s. u.

[406] Opet-Blume a. a. O. 6, III, d. Gegen entspr. Anwendung des § 216 überhaupt Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236.

[407] S. daselbst; a. M. Opet-Blume a. a. O. 6, III, d.

[408] Opet-Blume a. a. O. 6, III, d erklärt beide überhaupt für unanwendbar, ebenso Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236, den § 230 Abs. 1.

[409] S. dort Zit. A. M. die Anm. 408 Zitierten.

[410] S. o. Anm. 404 und Jäger 11 zu § 236.

[411] Opet-Blume a. a. O. 6, III, d vgl. 6, II zu § 1489 (die Rechtslage bei fortgesetzter Gütergemeinschaft schließt Vorhandensein eines solchen aus).

[412] Opet-Blume a. a. O. (wegen des in Anm. 411 genannten Grundes).

[413] A. a. O.; Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236 erklärt den § 218 KO. überhaupt nicht für entsprechend anwendbar.

samtgut gehört" gestrichen werden, ebenso müssen in § 234 Abs. 2 die Worte „und der Nachlaß zum Gesamtgut gehört" gestrichen werden. Diese Ansicht ist aber wohl nicht haltbar[414]. § 219 Abs. 1 S. 1 ist entsprechend anwendbar, s. o. Anm. 336[415]. Betreffend § 219 Abs. 1 S. 2 bemerkt Opet-Blume[416], er müsse dahin geändert werden, daß es heiße: „das gleiche gilt von demjenigen, der gemäß § 1514 B.G.B. Anspruch auf eine Zuwendung hat, s. aber dagegen o. S. 72, bes. Anm. 380[417], §§ 220, 221 sind entsp. anwendbar s. o. S. 67 Z. 4 und Anm. 348, ebenso § 222 s. o. S. 73 bei Anm. 382, § 223 s. o. Anm. 383, § 224 Ziff. 2 ist nicht entsprechend anwendbar, da der überlebende Gatte nicht als Gesamtschuldner die Kosten des verstorbenen Ehegatten zu tragen hat[418], in § 224 Z. 5 müssen die Worte „oder ein Testamentsvollstrecker" gestrichen werden und in § 224 Ziff. 6 die Worte „einen Testamentsvollstrecker oder einen Erben, der die Erbschaft ausgeschlagen hat" gestrichen werden, da dieser Fall mit dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht vereinbar[419] ist. § 225 ist entsp. anwendbar, s. o. S. 70 f. (s. auch Jäger 18 zu § 236). § 226 Abs. 1 ist ersetzt durch § 236 S. 2 KO., § 226 Abs. 2 Ziff. 1 bis 3 ist entspr. an-

---

[414] Streicht man diese Worte, so ergibt sich ein ganz irrationales Resultat, da die Bestimmungen — es wäre hier übrigens auch noch an § 219 Abs. 2 KO. zu erinnern, über den Opet-Blume schweigt — dann auch auf den Fall der Gütertrennung anwendbar wären, auf die sie in keiner Weise passen. Es ist wohl folgendes zu sagen. Das dem „Nachlaß" entsprechende Gesamtgut einer bestehenden fortgesetzten Gütergemeinschaft kann nicht „zum eingebrachten Gute oder zum Gesamtgut" bezw. „zum Gesamtgut" einer — bestehenden — Ehe gehören, durch Wiederverheiratung des überlebenden Gatten wird die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufgehoben, durch Verheiratung eines Abkömmlings nicht in dem Sinn berührt, daß sein Anteil am Gesamtgut der fortbestehenden fortgesetzten Gütergemeinschaft zum Gesamtgut seiner Ehe gehörte (s. zu letzteren Staudinger 2a Abs. 2 zu § 1439), außerdem ist er im Gesamtgutskonkurs nicht antragsberechtigt, überhaupt nicht Gemeinschuldner (§ 236 S. 4 KO., s. o. S. 67, 3c; Anm. 354). Aber nach Aufhebung der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist es möglich, daß zwar nicht das Gesamtgut derselben, aber doch die Anteile des überlebenden Gatten und der Abkömmlinge zum Gesamtgut bezw zum eingebr. Gut einer von diesen geschlossenen bestehenden Ehe (bes. auch vom überleb. Gatten bei Wiederverheiratung) gehören (s. betr. Abkömmlinge für mögliche Zugehörigkeit ihres Gesamtgutsanteils zum ehelichen Gesamtgut in diesem Fall jetzt RGZ. 125, 347 ff.). In diesem Fall können die genannten §§ (218 Abs. 1 und 2, 219 Abs. 2, 234 Abs. 2) auch hier entspr. Anwendung finden, falls auch nach Aufhebung der fortges. Gütergemeinschaft ein Gesamtgutskonkurs als möglich angesehen wird (s. o. S. 62 f. und u. III. Teil § 7), wobei dann an Stelle des „überlebenden Gatten" (= Erbin) dieser und die Abkömmlinge in die Gemeinschuldnerrolle treten (s. o. Anm. 354). Bezüglich der „Erbin" in §§ 218 Abs. 1 und 2, 219 Abs. 2, 234 Abs. 2 KO. ist ja zweifellos, daß hierunter auch der Fall der „Miterbin" zu subsumieren ist, s. Jäger 4 zu §§ 217 bis 220, also gilt wohl, daß, wenn an Stelle des „überlebenden Gatten" = Erbin die dem Gesamtgut der (aufgehobenen) fortgesetzten Gütergemeinschaft Mit-(Anteils-) berechtigten (überlebende Ehefrau und Abkömmlinge) treten.

[415] A. M. Wolff 3 Abs. 2 zu § 236 (dazu s. o. Anm. 336), nach dem § 219 KO. überhaupt nicht entspr. anwendbar sein soll.

[416] A. a. O.

[417] Danach ist § 219 Abs. 1 S. 2 überhaupt nicht entspr. anwendbar, da es sich bei den betr. Kategorien nicht um Konkursgläubiger des Gesamtgutsverfahrens handelt. Betr. § 219 Abs. 2 s. schon oben Anm. 414.

[418] So Opet-Blume a. a. O. A. M., wie es scheint, Wilmowski 2 zu § 236. Daß § 224 Ziffer 1 entspr. anwendbar ist, dafür s. o. S. 72 f. und die Anm. 383

wendbar s. o. S. 71 f., nicht dagegen § 226 Abs. 2 Ziff. 4 und 5, s. o. S. 72 (bes. Anm. 380), folgeweise auch nicht § 226 Abs. 3, § 228 Abs. 1, auch nicht § 226 Abs. 4, soweit auf § 226 Abs. 2 Ziffer 4 und 5 bezüglich (sonst entspr. anwendbar s. o. S. 72, d und Jäger 19 zu § 236). Der § 227 ist entspr. anwendbar (s. o. S. 71 f., Jäger 19 zu § 236), soweit nicht auf § 226 Abs. 2 Ziffer 4 und 5 und 226 Abs. 4 vgl. Abs. 2 Ziff. 4 und 5 bezügl. Betr. § 228 Abs. 1 s. soeben[420]. § 228 Abs. 2 ist entspr. anwendbar s. o. S. 72, d (vgl. auch Jäger 19 zu § 236). Ebenso § 229 s. o. S. 67 Ziff. 5 (vgl. auch Jäger 19 zu § 236). Betreffend § 230 Abs. 1 s. o. S. 75. Über die entsprechende Anwendbarkeit von § 230 Abs. 2 s. u. S. 78 (und Jäger 19, 22 zu § 236), ausgenommen sind auch hier (s. o.) die Fälle § 226 Abs. 2 Ziff. 4, 5 und Abs. 4 vgl. mit Abs. 2 Ziff. 4 und 5. § 231 ist nicht anwendbar, da eine Nacherbfolge in die fortgesetzte Gütergemeinschaft ausgeschlossen ist[421]. Die Vorschriften der §§ 232, 233 KO. betr. den Erschaftskauf können keine Anwendung finden[422]. § 234 ist entsprechend anwendbar, s. u. S. 80, D und betr. Abs. 2 das bei und zu Anm. 414 Bemerkte. Betr. § 235 s. o. S. 62 f.[423] [424].

X. Beendigung, speziell durch Zwangsvergleich.

Der Gesamtgutskonkurs endigt nach den allgemeinen Grundsätzen mit Aufhebung nach Schlußverteilung (§ 163 KO.), Einstellung (nach § 202, 204 KO.), besonders aber durch Zwangsvergleich.

1. Zum Vorschlag eines Zwangsvergleichs ist nur der überlebende Ehegatte berechtigt, § 173 KO.[425].

Zit. Ebenso § 224 Z. 3, 4 s. o. S. 73 (Opet-Blume äußert sich hierüber nicht). Betr. § 224 Z. 5, 6 s. sofort und o. S. 73.

[419] Opet-Blume a. a. O.

[420] Wilmowski 2 zu § 236 hält ihn für anwendbar.

[421] Opet-Blume a. a. O., so auch Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236.

[422] S. Wilmowski 2 zu § 236, gegen ihre Anwendbarkeit auch Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236. Wilmowski a. a. O. führt richtig folgendes aus. Zwar könne das Gesamtgut einer Gütergemeinschaft im Ganzen den Gegenstand eines auf Veräußerung abzielenden Vertrags bilden (§ 1444 B.G.B.), im Konkurs über das Gesamtgut der fortges. Gütergem. komme aber immer nur der zur Zeit des Eintritts dieser Gütergem. vorhandene Teil des Gesamtguts in Betracht (s. o. S. 60 f.), also können auch nicht einmal die Vorschriften des § 419 B.G.B. über die Übernahme eines Vermögens Anwendung finden, viel weniger die völlig unerwähnt gelassenen Vorschriften §§ 2382, 2383 B.G.B. über die Haftung des Erbschaftskäufers für die Nachlaßverbindlichkeiten, die die Grundlage für §§ 232, 233 KO. bilden.

[423] Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236 erklärt ihn für unanwendbar.

[424] Eigenartig ist, wenn Petersen-Kleinfeller 7 zu § 236 bemerkt: die §§ 219, 222, 223, 224, 225, 226 Ziffer 4, 5, 228 Abs. 2, 229 kommen nur in Betracht, wenn der überlebende Gatte zugleich Erbe des Verstorbenen geworden sei und zwar § 224, 226 Ziff. 5, 6 (gemeint ist wohl: 4, 5) nach Maßgabe des Erbteils des Überlebenden (§ 1488 B.G.B.). Das ist nicht zutreffend. §§ 219, 228 Abs. 2, 229 sind entspr. anzuwenden auf Gesamtgutsgläubiger, 226 Z. 4, 5 kommen nach dem o. Ausgeführten überhaupt nicht in Betracht, §§ 223, 224 Z. 1, 3, 4—6 sind entspr. anwendbar, Z. 2 überhaupt nicht, ebenso ist § 225 entspr anwendbar. Petersen-Kleinfeller schwebt, wie es scheint, eine direkte Anwendung der zit. Bestimmungen, statt einer entsprechenden, von der § 236 S. 1 KO. redet, vor.

[425] Jäger 22 zu § 236.

2. Am Zwangsvergleich nehmen teil (betr. Stimmrecht und Wirkung) alle (s. aber Ziff. 3) Gesamtgutsgläubiger, welche die Stellung von gewöhnlichen Konkursgläubigern haben[426]. Dagegen nehmen die minderberechtigten Forderungen mit Ausnahme der Zinsen nicht daran Teil; § 226 Abs. 2 Ziff. 1, 2, 3, Abs. 4 vgl. § 236 S. 1 und § 230 Abs. 2 KO. Die Minderberechtigten sind jedoch zu dem Vorschlag vor dessen Bestätigung zu hören, § 230 Abs. 2 vgl. 236 S. 1 KO. Sie können den Antrag auf Verwerfung des Vorschlags stellen, der zum Erfolg führt, wenn sie glaubhaft machen, das ihr berechtigtes Interesse verletzt ist. Gegen die Bestätigung des Zwangsvergleichs steht ihnen die sofortige Beschwerde zu; § 230 Abs. 2 vgl. § 236 S. 1 KO.

3. Wirkung. Durch den Zwangsvergleich übernimmt der überlebende Ehegatte den Gläubigern gegenüber, denen er bisher nur mit dem Gesamtgut gehaftet hatte, regelmäßig die persönliche Haftung in Höhe der Vergleichsquote. Die unbeschränkte persönliche Haftung einzelnen Gläubigern gegenüber wird dagegen durch den Vergleich nicht auf die Vergleichsquote beschränkt, sondern bleibt in dem bisherigen Umfang bestehen, weil die Mehrheit des § 182 KO. die Sonderrechte der einzelnen Gläubiger nicht aufheben kann[427]. Der Zwangsvergleich wirkt nur für und gegen solche Gesamtgutsgläubiger, welche die Rechtsstellung von Konkursgläubigern haben, also für und wider die zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft bereits begründeten Forderungen[428], ausgenommen aber die Gesamtgutsforderungen, für die der überlebende Gatte schon zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft persönlich haftete: ihnen gegenüber wirkt er auch nicht hinsichtlich ihrer Befriedigung aus dem Gesamtgut[429].

Ob die Gläubiger, welche, obwohl teilnahmeberechtigt, ihre Forderung im Gesamtgutskonkurs nicht geltend gemacht haben, im Zwangsvergleich den im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Gläubigern, welche kraft Gesetzesvorschrift (§ 230 Abs. 2 vgl. § 236 S. 1 KO.) an dem Vergleich nicht teilnehmen, d. h. von seinen Wirkungen nicht betroffen werden, gleichzustellen sind, ist — für den entsprechenden Fall des Nachlaßkonkurses — streitig. Die Frage ist wohl zu verneinen, d. h. also die „Teilnahme" am Vergleich zu bejahen[430], der Wortlaut des Gesetzes (§ 193 vgl. § 230 Abs. 2 KO.) spricht für letzteres. Die Ausnahme, welche

---

[426] S. o. V. Also *nicht* die Gläubiger von Gesamtgutsverbindlichkeiten, welche erst *nach* Eintritt der fortges. Gütergem. entstanden sind, Jäger 22 zu § 236.

[427] Jäger 15 zu § 230.

[428] Nicht für und wider solche Gesamtgutsverbindlichkeiten, die erst *nach* Eintritt der fortges. Gütergem. entstanden sind, Jäger 22 zu § 236.

[429] So Jäger 22 zu § 236 (in Aufgabe seiner früheren Ansicht, Erbenhaftung S. 117, VI)); A. B. Schmidt 3c, β, ηη zu § 1489, Planck II, 3a zu § 1489 (mit der richtigen Begründung; Daß die persönliche Haftung des überleb. durch den Partikularkonkurs über das Gesamtgut nicht berührt werden kann, sei unzweifelhaft, mit der persönlichen Haftung sei aber nach § 1488 B.G.B. die des Gesamtguts untrennbar verbunden).

[430] Wie oben z. B. Hermann S. 612 Anm. 2, Staudinger 3 zu § 1489, Wolff 4 zu § 230, Seuffert Konkursprozeßr. 435 Anm. 5, Hagen Iherings J. 42 S. 116 f. A. A. bes. Jäger 18 zu § 230 und die dort angeführte Literatur.

im § 230 Abs. 2 nur zum Nachteil der minderberechtigten und ausgeschlossenen Gläubiger gemacht ist, und welche dem Grundsatz des § 193 widerspricht, kann nicht ohne Grund ausgedehnt werden. Die für das Gegenteil angeführten Gründe sind nicht stichhaltig und beweisen das Gegenteil nicht[431]. Jäger[432] ist der Ansicht, daß die sich nicht meldenden Gläubiger nicht an dem Vergleich „teilnehmen" und will eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 193 KO. aus der lex specialis des § 1989 B.G.B. für den Nachlaßkonkurs konstruieren. Dies ist u. E. nicht zulässig[433]. Die von Jäger angeführten Gründe sind aus Billigkeitsrücksichten hergeleitet. Da aber das Gesetz an die Nichtanmeldung im Konkurs einen Ausschluß der Gläubiger und damit eine Minderung ihres Anspruchs, wie dies durch die Nichtanmeldung im Aufgebotsverfahren geschieht, nicht knüpft, so bleibt die Forderung unvermindert bestehen und nimmt auch an dem Zwanggsvergleich teil, wenn auch im Einzelfall der Gemeinschuldner dadurch Nachteile erleiden kann.

C. Der Konkurs über den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten.

Über den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten kann der Nachlaßkonkurs eröffnet werden. Dieses Verfahren ist unabhängig von dem Gesamtgutskonkurs nach § 236 KO. und dem Konkurs des überlebenden Ehegatten.

Antragsberechtigt in diesem Verfahren sind der überlebende Gatte und die Abkömmlinge, wenn sie Erben sind. Stellen die Erben gemeinschaftlich den Antrag, so gilt er als Gemeinschuldnerantrag. Der Antrag eines Einzelnen von ihnen ist nur zuzulassen bei Glaubhaftmachung der Überschuldung; § 217 Abs. 2 KO. Daneben sind alle Gläubiger, welche im Nachlaßkonkurs zum Zuge kommen, antragsberechtigt, § 217 Abs. 1 KO. Gläubiger in diesem Verfahren sind alle Gläubiger des verstorbenen Ehegatten, dazu kommen besonders noch die Pflichtteils- und Vermächtnisnehmer und die Auflageberechtigten. Diese Letzteren stehen im Range hinter allen anderen Gläubigern, § 226 Abs. 2 Ziff. 4 und 5 KO. Zur Konkursmasse gehört nur das Sondervermögen, also das Vorbehaltsgut und, soweit es vererblich und pfändbar ist, auch das Sondergut. Dagegen gehört der Anteil des verstorbenen Ehegatten an dem Gesamtgut nicht zu seinem Nachlaß (§ 1483 Abs. 1 S. 2 B.G.B.) und somit auch nicht zur Konkursmasse, eine Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts (§§ 16, 51 KO.) findet daher nicht statt[434]. Die Rolle des Gemeinschuldners haben der überlebende Ehegatte und die Abkömmlinge des verstorbenen Ehegatten gemeinschaftlich inne. Dieser Konkurs ist ein reiner Nachlaßkonkurs und es gelten daher für ihn die Vorschriften der §§ 214 bis 234 KO. uneingeschränkt.

---

[431] S. bes. Hagen a. a. O.
[432] Jäger 18 zu § 230.
[433] S. die Ausführungen bei Staudinger a. a. O.
[434] Jäger 7 zu § 236.

D. Der Konkurs über das Vermögen der gemeinschaftlichen Abkömmlinge.

Der Konkurs über das Vermögen eines gemeinschaftlichen Abkömmlings wird behandelt wie der Konkurs der Ehefrau bei der allgemeinen Gütergemeinschaft. Er ist ganz unabhängig sowohl von dem Gesamtgutskonkurs nach § 236 KO. als auch von dem Konkurs des überlebenden Ehegatten und dem Nachlaßkonkurs des verstorbenen Ehegatten. Er läßt im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft das Gesamtgut unberührt, § 2 Abs. 3 KO. Der Bestand der fortgesetzten Gütergemeinschaft wird durch das Verfahren nicht berührt[435]. Zur Konkursmasse gehört nur das Eigenvermögen des Abkömmlings, nicht auch sein Anteil am Gesamtgut § 2 Abs. 3 KO. Etwa zur Masse gezogenes Gesamtgut kann der Überlebende aussondern[436]. Der Konkurs erstreckt sich deshalb nicht auf das Gesamtgut, weil dieses für die Verbindlichkeiten der Abkömmlinge nicht haftet (§ 1488 B.G.B.[437]). Konkursgläubiger sind die persönlichen Gläubiger des Abkömmlings. Für dieses Verfahren gelten die gewöhnlichen Vorschriften.

E. Das Verhältnis der verschiedenen Konkursverfahren zueinander.

Neben dem Gesamtgutskonkurs nach § 236 KO. kann das Konkursverfahren über das Vermögen des überlebenden Ehegatten hergehen, welches nach § 2 Abs. 3 KO. auch das Gesamtgut ergreift, soweit es nicht Masse des Gesamtgutskonkurses nach § 236 ist (s. o. S. 74 VII, Ziff. 2[438]). Wenn der Konkurs über das Vermögen des überlebenden Ehegatten eröffnet ist, so kann trotzdem noch der Konkurs über das Gesamtgut nach § 236 eröffnet werden. Es muß dann nachträglich das Gesamtgut, das Masse des Konkurses nach § 236 KO. ist, ausgeschieden werden (s. Petersen-Kleinfeller 2 zu § 236). Soweit nun Gläubiger vorhanden sind, welche ihre Forderungen in beiden Konkursverfahren geltend machen können, d. h. wenn ihnen das Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft zur Zeit des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft haftete und ihnen schon zu dieser Zeit auch der überlebende Ehegatte persönlich haftete, so werden diese Gläubiger im Konkurs des überlebenden Ehegatten wie absonderungsberechtigt (absonderungsberechtigt am Gesamtgut) behandelt[439], § 234 KO. vgl. § 236 S. 1 KO. Ihre Forderungen werden also soweit möglich im Gesamtgutskonkurs befriedigt. Den Ausfall können sie alsdann im Konkurs des überlebenden Ehegatten geltend machen.

---

[435] Meyer-Bleyer 18 zu § 2.
[436] Meyer-Bleyer a. a. O.
[437] S. Jäger 16 zu § 2.
[438] Es ist deshalb vielleicht in der Fassung nicht ganz korrekt, wenn Meyer-Bleyer 2e zu § 236 von einem „neben dem Gesamtgutskonkurs . . . einherlaufenden Eigenkonkurs über das Vermögen des überleb. Gatten" redet, da neben dem Eigenvermögen desselben auch in den o. bezeichneten Grenzen Gesamtgut zur Masse gehört.
[439] Jäger 4 a. E., 7 zu § 236, Hellmann S. 618, Wolff 4 zu § 236, Petersen-Kleinfeller 6 zu § 236, Meyer-Bleyer 2e zu § 2, Gastell 63.

Nun ist möglich, daß nebenher noch ein Konkursverfahren über den Nachlaß des verstorbenen Ehegatten läuft. Gläubiger, denen der verstorbene Ehegatte persönlich gehaftet hatte, können ihre Forderung in diesem Verfahren in vollem Umfang bis zur vollständigen Befriedigung geltend machen, auch wenn sie in dem Konkurs nach § 236 KO. und in dem Konkurs über das Vermögen des überlebenden Ehegatten ihre Forderungen schon angemeldet haben.

Möglich ist, daß Gläubiger vorhanden sind, welche ihre Forderung in sämtlichen Konkursverfahren angemeldet haben, denen aber außerdem auch noch die Abkömmlinge haften. Diese können ihre Forderungen im Konkurs eines Abkömmlings ebenfalls in vollem Umfang bis zur vollständigen Befriedigung geltend machen.

Diese doppelte, oder gar drei-, vierfache Geltendmachung ist eine Folge der gesamtschuldnerischen Haftung.

Dritter Teil.

Die allgemeine und fortgesetzte Gütergemeinschaft nach ihrer Auflösung.

§ 7

A. Die Auseinandersetzung.

1. Die Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft tritt ein[440]

a) bei Auflösung der Ehe:

aa) durch Scheidung (s. § 1478 B.G.B.),

bb) durch den Tod eines Ehegatten, wenn keine gemeinschaftlichen Abkömmlinge vorhanden sind (§§ 1482 f.),

cc) durch Wiederverheiratung eines Gatten nach Todeserklärung des anderen (§ 1348 Abs. 2 S. 1),

b) trotz Fortbestehens der Ehe:

aa) durch Rechtskraft (s. § 1470 Abs. 1) des die Aufhebung der Gütergemeinschaft aussprechenden Urteils auf Klage des Mannes (§ 1469 B.G.B.) oder der Frau (§ 1468 B.G.B.); in diesen Fällen kann der klagende Teil verlangen, daß für die Auseinandersetzung der Zeitpunkt der Klageerhebung maßgebend ist, § 1479 B.G.B.;

bb) mit Zustellung einer die Aufhebung der Gütergemeinschaft aussprechenden einstweiligen Verfügung anläßlich des Rechtsstreits aa), vgl. § 940 ZPO.[441],

cc) durch Ehevertrag, der die Gütergemeinschaft aufhebt (§ 1432 B.G.B.)[442].

2. Die Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft tritt ein in den o. S. 54 angeführten Fällen[443].

---

[440] Staudinger, Vorbem. zu den §§ 1468—1470

[441] Staudinger, Vorbem. zu §§ 1468—1470 1b, γ.

[442] Nicht tritt sie ein durch Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes, s. o. S. 19.

3. Nach der Auflösung der Gütergemeinschaft[444] findet in Ansehung des Gesamtguts eine Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten (bzw. Gemeinschaftsgenossen, § 1497 Abs. 1 B.G.B.) statt § 1471 B.G.B., jeder Ehegatte bzw. Gemeinschaftsgenosse hat das Recht, sie zu verlangen.

a) Während der Auseinandersetzung, im Liquidationsstadium, bleibt in Ansehung des Gesamtguts das bisherige Rechtsverhältnis zur gesamten Hand bestehen. Dies bringt die Verweisung des § 1471 Abs. 2 (§ 1497 Abs. 2) auf § 1442 B.G.B. zum Ausdruck. Das Gesamtgut verwandelt sich nicht in ein den beiden Ehegatten nach den gewöhnlichen Grundsätzen über die Gemeinschaft, §§ 741 ff. B.G.B. je zur Hälfte gehöriges Vermögen. Sonderrechte an einzelnen Gegenständen entstehen erst nach der Auseinandersetzung, während der Auseinandersetzung kann kein Ehegatte ohne die Zustimmung des andern über Gesamtgutsgegenstände verfügen, auch nicht über seinen Anteil an diesen Gegenständen, doch ist ein Vertrag, durch den sich ein Ehegatte vor der Auseinandersetzung zu einer Verfügung über seinen Anteil am Gesamtgut als solchen verpflichtet, gültig[445]. Weiter kann der Anteil am Gesamtgut von einem persönlichen Gläubiger des Anteilsberechtigten gepfändet werden, der Anteil ist mit der Auflösung der Gütergemeinschaft pfändbar geworden, § 860 Abs. 2 ZPO., dagegen ist der Anteil an einzelnen zum Gesamtgut gehörigen Gegenständen nicht pfändbar[446], durch die Pfändung des Anteils am Gesamtgut erwirbt der pfändende Gläubiger das Recht, die gerichtliche Auseinandersetzung herbeizuführen, § 99 Abs. 1 vgl. § 86 Abs. 2 FGG. Der spätere (nach Beendigung der Gütergemeinschaft erfolgte) Erwerb der Ehegatten (bzw. des überlebenden Gatten nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft) wird nicht mehr Gesamtgut, sondern Eigenvermögen des erwerbenden Ehegatten[447], nur die Surrogate werden wieder Gesamtgut § 1473 vgl. § 1497 Abs. 2 B.G.B. Ebenso werden auch die Verbindlichkeiten, die nach Beendigung der Gütergemeinschaft in der Person eines Gatten entstehen, nicht mehr Gesamtgutsverbindlichkeiten[448]. Das ausschließliche Verwaltungsrecht des Mannes hört auf, an seine Stelle tritt nunmehr die gemeinschaftliche Verwaltung durch beide Ehegatten, § 1472 Abs. 1 (vgl. § 1497 Abs. 2) B.G.B. Jeder Ehegatte ist zu Mitwirkung bei der Verwaltung verpflichtet, § 1472 Abs. 2 (vgl. § 1497 Abs. 2) B.G.B., jeder von ihnen kann sogar darauf gegen den andern klagen[449]. Bis zur Kenntnis oder Kennenmüssen der Beendigung ist der Mann berechtigt, die Verwaltung fortzuführen. Dritte können sich auf diese Berechtigung jedoch nur berufen, wenn sie

---

[443] Nicht durch Konkurs des überlebenden Gatten s. o. Anm. 303.

[444] Da für die Auseinandersetzung in Ansehung des Gesamtguts der fortgesetzten Gütergemeinschaft dieselben Regeln gelten, wie für die eheliche (§ 1498 B.G.B.), so können wir uns auf die Behandlung der allgemeinen Gütergemeinschaft beschränken. Zu beachten sind nur einige Ausnahmen, s. Staudinger 3 zu § 1498, weiter §§ 1499 ff. B.G.B.

[445] Staudinger 2a zu § 1471 und dort. Zit.

[446] Staudinger 4 zu § 1471 und dort. Zit.

[447] Staudinger Vorbemerkung 2a zu §§ 1471 bis 1481, vers. 3e zu § 1497.

[448] Staudinger Vorbemerkung 2b zu §§ 1471 bis 1481.

[449] Staudinger 1 zu § 1472.

die Beendigung nicht kannten oder kennen mußten; s. § 1472 Abs. 1 S. 2 vgl. 1424 Abs. 1 B.G.B. Ob bei der Frau, welche in der Meinung, der Fall des § 1450 B.G.B. sei gegeben, die Verwaltung des Gesamtguts geführt hat, auch § 1424 Abs. 1 B.G.B. entsprechend anzuwenden ist, obwohl die Vorschrift ihrem Wortlaut nach sich nur auf das Verwaltungsrecht des Mannes bezieht, ist bestritten[450]. Wenn der Fall überhaupt praktisch von Bedeutung ist, so steht dieses Recht nach § 1424 Abs. 1 B.G.B. u. E. entsprechend auch der Frau zu, analoge Anwendung ist hier geboten.

b) Die Auseinandersetzung selbst zerfällt in zwei Teile.

aa) Zuerst sind die Gesamtgutsverbindlichkeiten aus dem Gesamtgut zu berichtigen, § 1475 Abs. 1 S. 1 B.G.B. Soweit nötig sind dazu die Gesamtgutsgegenstände zu versilbern, § 1475 Abs. 3 B.G.B. Wenn Forderungen noch nicht fällig oder streitig sind, so ist das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten § 1475 Abs. 1 S. 2 B.G.B. Jeder Ehegatte hat das Recht, zunächst die Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten zu verlangen. Dies gilt speziell auch für die im Verhältnis der Ehegatten zu einander dem anderen Ehegatten zur Last fallenden Gesamtgutsverbindlichkeiten[451], gilt aber ausnahmsweise nicht für die Erfüllung der ihm selbst in diesem Verhältnis zur Last fallenden Gesamtgutsverbindlichkeiten, § 1475 Abs. 2 B.G.B.

bb) Der nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten verbleibende Überschuß gebührt den Ehegatten zu gleichen Teilen, § 1476 Abs. 1, s. auch noch Abs. 2 daselbst (Besonderheiten bei der Scheidung § 1478 B.G.B.) Dieser Teil ist nun sein Anteil am Gesamtgut. Die Teilung des Überschusses erfolgt nach den Vorschriften über die Gemeinschaft, § 1477 Abs. 1 B.G.B., s. noch Abs. 2 daselbst.

4. An der Haftung des Gesamtguts wird durch die Beendigung der Gütergemeinschaft nichts geändert. Das Gesamtgut bleibt den Gesamtgutsgläubigern verhaftet. Findet jedoch eine Auseinandersetzung statt, ohne daß die Gesamtgutsverbindlichkeiten berichtigt worden sind, so haftet nunmehr jeder Ehegatte als Gesamtschuldner persönlich für diese Forderungen, auch wenn er zur Zeit der Teilung noch nicht persönlich dafür gehaftet hatte, im letzteren Fall jedoch beschränkt auf die ihm zugeteilten Gegenstände, § 1480 B.G.B.[452]. Dies gilt jedoch erst dann, wenn das ganze Gesamtgut verteilt ist, nicht schon bei Zuteilung einzelner Gegenstände des Gesamtguts an einen Gatten zum Zwecke der Teilung[453]. Wenn vereinbarungsgemäß einige Gegenstände unverteilt bleiben sollen, so hat dies auf die Haftung keinen Einfluß, d. h. schließt den § 1480 selbst nicht aus, denn diese Gegenstände sind nicht mehr Gesamtgut, sondern gewöhnliches Miteigentum[454]. Die Beschränkung der Haftung wird aber

---

[450] Bejahend Planck 3, 5b zu § 1472, A. B. Schmidt 2b zu § 1472; verneinend Staudinger 2e zu § 1472 im Hinblick auf den Ausnahmecharakter der Bestimmung.

[451] Staudinger 2 Abs. 2 zu § 1475.

[452] Er haftet cum viribus, nicht pro viribus, Staudinger 3bα, zu § 1480 und dort Zit.

[453] Staudinger 2a zu § 1480.

[454] Staudinger 2a zu § 1480 und dort Zit.

nur berücksichtigt, wenn sie der Ehegatte geltend macht, nicht schon von amtswegen. Macht er Haftungsbeschränkung geltend, so ist er verpflichtet, das ihm Zugeteilte an die Gläubiger herauszugeben; für seine Verwaltung ist er verantwortlich wie ein Beauftragter; für Aufwendungen, die er gemacht hat, kann er Ersatz verlangen; §§ 1480, 1990, 1991, 1978, 670, 683 ff. B.G.B.[455].

B. Die Frage des Konkurses nach Auflösung der Gütergemeinschaft vor Auseinandersetzung (im Liquidationsstadium).

I. Geschichtliches.

Im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches war für den Fall daß nach der Auflösung der Gütergemeinschaft, aber vor der Auseinandersetzung des Gesamtguts bei einem der beiden Ehegatten die Voraussetzungen für ein Konkursverfahren gegeben sind, eine Regelung des Konkursverfahrens dahin vorgeschlagen[456]: „wird über das Vermögen eines der Ehegatten nach der Auflösung der Gütergemeinschaft und vor der Auseinandersetzung der Konkurs eröffnet, so gehört der Anteil dieses Ehegatten an dem Gesamtgut zur Konkursmasse. Die Vorschriften des §§ 14, 44 KO. (alte Fassung) finden entsprechende Anwendung" (d. h. es findet eine Auseinandersetzung zwischen den Anteilsberechtigten außerhalb des Konkurses statt). In § 1406 Abs. 1 E. I wurde bezüglich des nach Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft eintretenden Rechtsverhältnisses u. a. auch auf diesen § 1375 verwiesen. Zur Begründung[457] dieser Vorschrift wurde ausgeführt, daß diese Regelung eine Konsequenz des mit der Auflösung der Gütergemeinschaft eintretenden Prinzips der gesamten Hand und des Grundsatzes sei, daß mit der Auflösung der Anteil eines Ehegatten an dem Gesamtgut insofern als ein selbständiges Recht hervortritt, als jeder Gatte die Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts verlangen kann und deshalb der Anteil am Gesamtgut zugunsten der Gläubiger des Ehegatten der Zwangsvollstreckung unterworfen sei. Die Bedenken, die gegen diese Regelung sprechen, wurden in den Motiven nicht verkannt und auch zum Ausdruck gebracht. Wohl seien durch die Bestimmung des § 1375 (s. o.) in Verbindung mit den Vorschriften der §§ 1376, 1377 Abs. 1 („Jeder Ehegatte kann nach Auflösung der Gütergemeinschaft verlangen, daß zwischen ihm und dem andern Ehegatten die Auseinandersetzung wegen des Gesamtguts . . . vorgenommen werde", „aus dem Gesamtgut werden zunächst alle Gesamtgutsverbindlichkeiten berichtigt"), nach denen jeder Ehegatte verlangen könne, daß bei der Auseinandersetzung aus dem Gesamtgut solche Gesamtgutsverbindlichkeiten, welche im Verhältnis der Ehegatten zueinander dem anderen Ehegatten allein zur Last fallen, aus dem Gesamtgut nicht berichtigt werden, im Falle des Konkurses über das Vermögen des Mannes die Interessen der Frau vollständig gewahrt; dagegen ent-

[455] Staudinger 3 b α—γ, zu § 1480.
[456] E. I z. B.G.B. § 1375.
[457] Mot. IV S. 408 ff.

spreche diese Regelung nicht den Interessen der Gesamtgutsgläubiger. Denn vor der Auflösung der Gütergemeinschaft seien die Gesamtsgutsgläubiger in der Lage, bei Überschuldung des Gesamtguts durch den Antrag auf Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Ehemannes im Wege eines geordneten gerichtlichen Verfahrens die konkursmäßige Befriedigung aus dem zur Konkursmasse des Mannes gehörenden Gesamtgute herbeizuführen. Dagegen falle nach der Auflösung der Gütergemeinschaft nur der Anteil des Mannes am Gesamtgut in seine Konkursmasse und erfolge die Befriedigung der Gesamtgutsgläubiger aus dem Gesamtgute nach Maßgabe des § 1377 Abs. 1 E. I (s. o.) außerhalb des Konkurses. Dazu komme, daß bei der Auseinandersetzung noch diejenigen Gläubiger im Vorteil seien, deren Forderungen auch im Verhältnis der Ehegatten zueinander dem Gesamtgut zur Last fallen, gegenüber denen, deren Ansprüche im Verhältnis der Ehegatten zu einander allein dem Ehemann zur Last fallen (§ 1376, 1377 Abs. 1 E. I). Auch konkurrieren die bei der Auseinandersetzung des Gesamtguts nicht befriedigten Gesamtgutsgläubiger in Ansehung des in die Konkursmasse des Mannes fallenden Teiles am Gesamtgut mit denjenigen Nichtgesamtgutsgläubigern, deren Forderungen erst nach der Auflösung der Gütergemeinschaft entstanden seien. Außerdem ist daran erinnert, daß wenn das Gesamtgut überschuldet ist und ein Nettoanteil nicht zu erwarten ist, in Ermangelung sonstigen Vermögens des Ehemannes ein Konkurs Mangels Masse überhaupt nicht stattfinden könne. Damit sei dann den Gesamtgutsgläubigern die Möglichkeit einer konkursmäßigen Befriedigung ihrer Ansprüche überhaupt genommen. Ob die angeführten Interessen der Gesamtgutsgläubiger ein besonderes selbständiges Konkursverfahren in Ansehung des Gesamtguts rechtfertigen, bleibe dahingestellt. Die vom Entwurf vorgeschlagene Regelung entspreche vor allem den Grundsätzen der Konkursordnung. Eine andere Regelung müsse einer Revision der Konkursordnung vorbehalten bleiben. Bei der Beratung des Entwurfs in 2. Lesung wurde der Antrag[458] gestellt, den § 1375 zu streichen und dafür in Artikel 13 des Entw. d. EG. in die KO. als § 1a Abs. 3 eine sachlich übereinstimmende Vorschrift einzustellen[459]. Die Streichung erfolgte[460]. Betr. die Ersatzbestimmung[461] war man einig darüber[462], daß die Prüfung der Frage, ob und welche besonderen Vorschriften infolge der nunmehr gefaßten Beschlüsse über die Auflösung der Gütergemeinschaft zum Schutze des Interesses der Gesamtgutsgläubiger im Falle des Konkurses über das Vermögen der Ehegatten erforderlich seien, der Revision der KO. zu überlassen sei und beschloß deshalb auch, die Ersatzbestimmung[463] nicht aufzunehmen, was indessen nicht ausschließe, daß man bei der Beratung des EG. auf den § 1375 zu-

[458] Prot. IV, S. 281.

[459] S. Prot. IV, S. 242 Anm. 2. § 1a Abs. 3: „wird über das Vermögen eines der Ehegatten nach der Auflösung der Gemeinschaft und vor der Auseinandersetzung das Konkursverfahren eröffnet, so gehört der Anteil dieses Ehegatten an dem Gesamtgut zur Konkursmasse".

[460] S. Prot. IV, S. 281.

[461] In der Anm. 459 genannten Anmerkung.

[462] S. Prot. IV, S. 281.

[463] Der genannten Anmerkung (s. o. Anm. 459)

rückkommen werde. Man kam aber nicht mehr darauf zurück[464]. In Konsequenz der Streichung des § 1375 B.G.B. fiel dann auch die Verweisung auf diesen bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft in § 1406 Abs. 1 E. I weg[465]. In den Motiven[466] war bei der Regelung des E. I als selbstverständlich davon ausgegangen worden, daß wenn das Gesamtgut zur Befriedigung aller Gesamtgutsgläubiger nach Maßgabe des § 1377 Abs. 1 E. I nicht ausreicht, jeder der Gatten bzw. der Konkursverwalter eines im Konkurs befindlichen Ehegatten nach Analogie der für die Verteilung innerhalb des Konkursverfahrens geltenden Vorschriften prioritätsmäßige bzw. verhältnismäßige, überhaupt konkursmäßige Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten verlangen könne. Hiegegen wurde bei der Beratung der Komm. f. d. 2 Les. allerseits Widerspruch erhoben[467], u. E. mit Recht, denn es ist doch nicht klar, wieso Gläubigern mit vollstreckbarem Titel gegenüber ohne besondere Bestimmung[468] das sonst geltende Präventionsprinzip durchbrochen und eine konkursmäßige Befriedigung der Verbindlichkeiten stattfinden darf, eine solche kann weiter nur in Betracht kommen in einem mit Fristen und Präklusionen ausgestatteten und unter Zuziehung der Gläubiger stattfindenden Verfahren, wie es hier nicht vorliegt[469]. In der Novelle zur Konkursordnung wurde nun eine ausdrückliche Bestimmung für den Fall *nach* Auflösung und *vor* Auseinandersetzung des Gesamtguts nicht getroffen, vielmehr erklärte die Begründung zur Konkursnovelle[470] den Inhalt des § 1375 E. I für selbstverständlich unter Berufung auf den jetzigen § 860 Abs. 2 ZPO.[471], beifügend daß die Auseinandersetzung zwischen den Anteilsberechtigten nach den §§ 14, 44 KO. (a. F.) *außerhalb* des Konkursverfahrens stattfinde.

II. Die Problemstellung.

1. Zweifellos ist de lege lata *erstens*, daß im Liquidationsstadium, d. h. *nach* erfolgter Aufhebung der ehelichen oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1436, 1470, 1494, 1496 B.G.B.) *vor* Auseinandersetzung (Auseinandersetzung bei Konkursbeginn noch nicht vollzogen) der § 2 KO. keine Anwendung (mehr) findet[472]. Selbst der Umstand, daß die Aufhebung noch keinem der durch § 2 KO. gesicherten Gläubiger bekannt und auch nicht im Güterrechtsregister eingetragen ist, rechtfertigt eine Anwendung des

[464] S. Prot. VI, 753.
[465] S. Prot. IV, 344.
[466] Mot. IV, S. 408, 412.
[467] Prot. IV, S. 285. S. auch dagegen Jäger 22 zu § 2 (dort. Lit.), Bartels 62 f., Hagenguth S. 61, A. B. Schmidt 5 zu § 1475, Wieruszowski Rhein Arch. Bd. 104, S. 353 Anm. 134, Planck 9 zu § 1475, 5 zu § 1480, KRGR. 9 zu § 1475, Gastell 56, Staudinger 5 zu § 1475 (u. dort. Zit.), Kannengießer DJZ. Bd. 3, S. 140, Opet-Blume 7 zu § 1475.
[468] Der § 1475 Abs. 1 B.G.B. sagt hievon kein Wort.
[469] S. Prot. IV, S. 285, Planck 9 zu § 1475.
[470] Begr. zur Nov. S. 25, Hahn-Mugdan VII, S. 233 f.
[471] „Mit der Beendigung der Gemeinschaft unterliegen die Anteile der Berechtigten der Pfändung . . . und der Anteil des Gemeinschuldners gehört daher gemäß § 1 Abs. 1 KO. zur Konkursmasse".
[472] Jäger 19 zu § 2, s. o. Anm. 89 und dort. Zit.

§ 2 KO. nicht mehr[473], da der Vertrauensschutz des § 1435 B.G.B. sich auf die güterrechtliche Schuldenhaftung nicht erstreckt[474], auch weder der Eintritt, noch die Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft in das Güterrechtsregister einzutragen ist[475 476]. Im Liquidationsstadium ergreift daher der Konkurs des Ehemanns bzw. überlebenden Gatten (und ebenso der Konkurs über den Nachlaß des einen oder anderen[477] das ungeteilte Gesamtgut als solches nicht mehr. Denn einmal spricht gegen eine andere Auffassung, daß die nach Beendigung der Gemeinschaft lediglich in der Person des Ehemannes oder des überlebenden Gatten (oder ihres Erben) neu entstandenen Schulden in einem nun ausbrechenden Konkurse zwar Konkursforderungen, aber keine Gesamtgutsverbindlichkeiten wären[478]. Sodann widerspricht der gegenteiligen Ansicht die Fassung des § 2 KO. („bei — nicht: „nach" — dem Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft", „bei — nicht „nach" — der fortgesetzten Gütergemeinschaft"), die eben geschilderte Entstehungsgeschichte, und der Umstand, daß, wie auch für die Zwangsvollstreckung durch §§ 743, 745 Abs. 2 ZPO. anerkannt wird, die beiden Gatten bezw. die „Teilhaber" der Gemeinschaft in diesem Stadium als gleichberechtigt gelten (§§ 1472, 1497 Abs. 2 B.G.B.), also die Mitherrschaft des einen Teils nicht ignoriert werden darf, wie dies bei Anwendung des § 2 KO. geschehen würde. Es ist also im Liquidationsstadium der § 2 KO. unanwendbar, so besonders Jäger[479], dem wir uns im Resultat und Begründung (im Wesentlichen) anschließen, und zwar gleichgültig, aus welchem Grunde die Gütergemeinschaft geendet hat, also auch bei Endigung durch den Tod des Mannes[480], bzw. des überlebenden Gatten[481 482].

[473] S. die sofort zu Nennenden und Wolff 5 zu § 2 (s. o. Anm. 89). A. M. Meyer-Bleyer 20 zu § 2.

[474] Jäger 19 zu § 2, Wieruszowski Rhein. Arch. Bd. 104, S. 352 Anm. 131, vgl. Bd. 103, S. 333 Anm. 30; ders. Handb. des Eherechts Bd. II, 185 ff., 545 ff., a. M. Meyer-Bleyer 20 zu § 2.

[475] Staudinger 5 zu § 1492, 4 zu § 1494, Vorbem. 9 vor § 1483, BOLG. Bayr. Z. 1916, S. 295.

[476] A. M. Opet-Blume 8 zu § 1492 (Dritten gegenüber gelte betr. Aufhebung der fortges. Gütergemeinschaft § 1435 Abs. 2 B.G.B.), s. auch Heilwig Lehrb. d. D. Zivilprozeßrechts Bd. 1, S. 358 Anm. 58.

[477] BOLG. a. a. O.

[478] Bei Annahme der Anwendbarkeit von § 2 KO. auch hier könnten daher u. U. die Interessen der Gesamtgutsgläubiger erheblich durch ihre Konkurrenz geschädigt werden.

[479] S. Jäger 19 zu § 2, so weiter BOLG. a. a. O. S. 295 f., Eberhard 220, Gastell 56.

[480] S. Jäger a. a. O., Meyer-Bleyer 19 a. E. zu § 2.

[481] S. BOLG. a. a. O. (davon, daß durch die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß des überleb. Gatten nach dessen Tod die Rechte der Abkömmlinge am Gesamtgut aufgehoben werden, kann keine Rede sein, s. BOLG. a. a. O. S. 295 f.).

[482] A. M. Roth Recht 1918, Sp. 180 ff., speziell 182 f. für den Fall, daß die eheliche Gütergem. durch den Tod des Ehemanns aufgelöst wird und dann vor erfolgter Auseinandersetzung der Konkurs über seinen Nachlaß eröffnet wird (das Zitat von Schröder Buschs Z. 28, 30 bei Roth geht fehl, Schröder spricht vom Fall des Todes des Mannes nach Konkurseröffnung), weil hier alle Mannesschulden Gesamtschulden seien und umgekehrt, aber nur für diesen, nicht bei Endigung der Gütergem.

2 Zweifellos ist de lege lata *zweitens*, daß ein Konkursverfahren im Liquidationsstadium, d. h. *nach* Aufhebung der ehelichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft, *vor* Auseinandersetzung des Gesamtguts, möglich ist durch Eröffnung eines Konkurses über das Vermögen bzw. den Nachlaß *des einzelnen Gemeinschaftsgenossen*[483], wobei der Anteil des Genossen am Gesamtgut dann zu dessen Konkursmasse gehört, da er in diesem Stadium beschlagsfähig ist (§ 860 Abs. 2 ZPO. vgl. § 1 Abs. 1 KO.[484]), die Auseinandersetzung zwischen den Anteilsberechtigten bezüglich des Gesamtguts findet nach §§ 16, 51 KO. dann außerhalb des Konkursverfahrens statt[485].

3. Da aber, wie unten noch näher zu zeigen ist, damit den Interessen der Gesamtgutsgläubiger nicht voll gedient ist, so ist die Frage aufgetaucht, ob in diesem Stadium trotz Mangel einer besonderen Vorschrift der lex lata ein *besonderes Konkursverfahren in das im Liquidationsstadium befindliche Gesamtgut* de lege lata zulässig ist oder nicht. Damit kommen wir zur Frage des „*Sonderkonkurses*". Denn ein solches besonderes Verfahren wird als „Sonderkonkurs" bezeichnet und die Annahme seiner Zulässigkeit de lege lata stillschweigend darauf gestützt, daß in einer Reihe von Fällen nach besonderen Bestimmungen der lex lata ein „Sonderkonkurs" statthaft sei, Fällen, die unserem Fall entsprechend gelagert seien. So sei auch hier ein solches besonderes Verfahren als „Sonderkonkurs" nach Analogie der anderen Fälle von „Sonderkonkurs" anzunehmen.

III. Begriff und Existenz eines „Sonderkonkurses" de lege lata.

Die Frage ist zunächst: Was ist ein Sonderkonkurs, kennt das geltende Recht einen solchen? und in welchen Fällen?

1. Die Bezeichnung „Sonderkonkurs" findet sich in der konkursrechtlichen Literatur erst in neuerer Zeit. Früher, insbesondere vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches war allgemein der Ausdruck „Partikularkonkurs" gebräuchlich. Teilweise findet sich auch die Bezeichnung „Spezialkonkurs". Die Lehre von Partikularkonkurs findet sich schon im gemeinen Recht[487]. Doch bewegten sich die Ansichten, was ein Partikularkonkurs sei,

durch Urteil oder Vertrag (da sich dann, s. o. bei Anm. 478, Mannesschulden und Gesamtschulden nicht mehr decken, weil der Mann nach Beendigung, vor erfolgter Auseinandersetzung neue Schulden kontrahieren könne, für die das Gesamtgut nicht hafte).

[483] S. A. B. Schmidt 6b zu § 1472, Jäger 21 zu § 2, Planck 24 zu § 1471, Hellmann 126, Opet-Blume 3 zu § 1472, Labes a. a. O. 121, Meyer-Bleyer 19 zu § 2.

[484] S. Begr. zur Konkursnov. S. 25 (Hahn-Mugdan VII, S. 234), Jäger 21 zu § 2, Meyer-Bleyer a. a. O., Staudinger 5 zu § 1471, 3a ζ zu § 1497, A. B. Schmidt 2c zu § 1471, Fitting S. 166, Petersen-Kleinfeller 8 zu § 2, KRGR. 4 zu § 1497, Planck, Hellmann, Opet-Blume je a. a. O., Gastel 56, Wieruszowski Rhein. Arch. Bd. 104, S. 352 f.

[485] Begr. a. a. O., Jäger, Petersen-Kleinfeller, Planck, Opet-Blume, Wieruszowski, Fitting je a. a. O.

[486] S. dazu speziell Eberhard und Hagenguth a. a. O., Jäger ff. zu § 1, Labes a. a. O. 110 ff.

[487] Eberhard S. 3, Hagenguth 3 ff., 10 f.

in verschiedenen Bahnen[488]. Eine festere Gestalt nahm die Lehre vom Partikularkonkurs erst in der preußischen Konkursordnung vom Jahre 1855 an. Dort war im § 1 Abs. 2 die Bestimmung aufgenommen: „Ein Konkurs, welcher sich auf einen Teil des Vermögens des Gemeinschuldners beschränkt (Partikularkonkurs), kann nur in den durch das gegenwärtige Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen eintreten". Für den Begriff war also allein maßgebend die Beschränkung der Konkursmasse auf einen Teil des Vermögens des Gemeinschuldners. Die Reichskonkursordnung hat es aber vermieden, in das Gesetz die Bezeichnung „Partikularkonkurs" aufzunehmen und hat auch Andeutungen, welche dahin ausgelegt werden könnten, wie „Konkurs über Teilmassen", welcher Ausdruck sich noch im ersten Entwurf (Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung 1873) findet, weggelassen. Sie spricht nur von dem „selbständigen Konkursverfahren" über das Gesellschaftsvermögen einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 209 KO.), vom „Konkursverfahren" über das Vermögen eines passiv parteifähigen Vereins, § 213 KO., bei Nachlaßkonkurs vom „Konkursverfahren über einen Nachlaß" (§ 214 KO.), erklärt im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft auf das Konkursverfahren über das Gesamtgut die Regeln des Nachlaßkonkurses für „entsprechend anwendbar", sagt in § 238, daß „das Konkursverfahren nur das im Inland befindliche Vermögen umfaßt" (Abs. 1), das Konkursverfahren „über das im Inland befindliche Vermögen des Schuldners stattfinde" (Abs. 2), daß auf das Konkursverfahren über das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins die Vorschriften §§ 207 f. entsprechende Anwendung finden (§ 213 KO.). Die Motive[489] zur KO. haben sich in der Frage der Zulässigkeit eines Partikularkonkurses auf einen durchaus verneinenden Standpunkt gestellt und haben die Ansicht, die Konkursordnung habe die Unterscheidung zwischen Universal- und Partikularkonkurs aufgegeben, mit Entschiedenheit vertreten. Diesen die Annahme eines Sonderkonkurses de lege lata ablehnenden Standpunkt haben sich im Anschluß an die Motive eine Reihe von Schriftstellern des Konkursrechts zu eigen gemacht. So vor allem[490] Wilmowski[491], der allerdings den Konkurs über das inländische Vermögen als einen „Partikularkonkurs" anerkennt, und Sarwey-Bossert[492]. In neuerer Zeit haben sich jedoch die Ansichten, welche im heutigen Reichsrecht einen Sonderkonkurs der Ausdruck Partikularkonkurs wird in neuerer Zeit meist nicht mehr gebraucht — wenigstens dem Wesen nach anerkennen, gemehrt. Doch gehen die Meinungen darüber, worin das Wesen eines solchen Sonderkonkurses zu finden sei, bei denen, die die Unterscheidung von Universal- u. Sonderkonkurs de lege lata anerkennen, weit auseinander. Verschiedene Schriftsteller geben überhaupt keine exakte Begriffsbestimmung, sie erblicken die Voraussetzung nur vag in einer ge-

[488] Eberhard 3 ff.
[489] Mot. zur KO. S. 439 ff., Hahn Mat. IV, S. 388 ff.
[490] Weitere Zitate bei Eberhard 13 f.
[491] Vorbem. 1 vor § 207.
[492] 3. Auflage, S. 837 ff., im Gegensatz zur 4. (1901) S. 33.

wissen Selbständigkeit der betr. Vermögensmasse[493]. Andere versuchen etwas näher zu bestimmen. W. Endemann[494] meint, der Partikularkonkurs sei wesentlich als Folge eines zugunsten gewisser Gläubiger bestehenden Absonderungsrechts zu betrachten. Seuffert[495] äußert sich dahin, der Nachlaß könne deshalb Gegenstand eines besonderen Konkursverfahrens sein, weil die Nachlaßgläubiger das Recht haben, Befriedigung aus dem Nachlaß *vor* den sonstigen Gläubigern des Erben zu verlangen, und bringt damit seinen Standpunkt zum Ausdruck. Hellmann[496] führt aus, daß in den besonderen Konkursfällen die Erwägung maßgebend gewesen sei, daß aus dem Sondervermögen vor allem *die* Gläubiger Befriedigung finden, die einen Anspruch auf Befriedigung aus diesem Vermögen im Vorgang vor den sonstigen Gläubigern des oder der Subjekte des Sondervermögens geltend machen können. Doch behandeln alle diese Schriftsteller den Konkurs über das inländische Vermögen nach § 238 KO. als Sonderkonkurs, obwohl hier auf der Gläubigerseite Universalität vorliegt, was u. E. in Widerspruch steht mit dem von ihnen nach dem o. Angeführten Vertretenen, woraus erhellt, daß es sich auch hier nicht um scharfe Begriffsbestimmungen handelt[497]. Anders ist dies bei Kohler[498] und Jäger[499]. Sie finden beide, die Berechtigung des Begriffs de lege lata anerkennend, in der besonderen Haftung des Gemeinschuldners das Kriterium für die Begriffsbestimmung. Kohler bemerkt, die Haftung des Schuldners sei grundsätzlich eine generelle; deshalb können sich die Gläubiger prinzipiell an das ganze Vermögen des Schuldners zu ihrer Befriedigung halten. Er zieht daraus den Schluß, daß ein Sonderkonkurs ausnahmsweise dann stattfinde, wenn die Haftungsverhältnisse des Vermögens einer Person nicht gleichartig seien; es sei also der Fall eines Sonderkonkurses gegeben, wenn für gewisse Schulden ein bestimmtes Vermögen zum Voraus hafte, sei es, daß den entsprechenden Gläubigern nur dieses Vermögen hafte und das andere Vermögen haftlos bleibe oder daß diesen Gläubigern auch noch das andere Vermögen mithafte, an dem bezeichneten Vermögen für sie aber ein Vorausrecht bestehe. Dies gelte jedoch nicht, wenn Vorrechte an Vermögensstücken bestehen, Pfand- und Retentionsrechte rechtfertigen nach Kohlers Ansicht einen Sonderkonkurs nicht. Nur wenn für eine Mehrheit solcher Vorausberechtigter eine sozial gleichheitliche Regelung ein Bedürfnis sei, könne es einen Sonderkonkurs geben. Jäger[500] vertritt die Ansicht, daß das Gesetz durch die Vorschriften § 209ff., 214ff., 236 KO. die grundsätzliche Statthaftigkeit eines Sonderkonkurses ausdrücklich anerkannt habe. Er zieht diesen Schluß insbesondere daraus, daß unsere Konkursordnung die in § 3 des Entwurfs einer Gemeinschuldordnung vorgeschlagene Regelung, „ein Vermögensteil kann

---

[493] S. Zitate bei Eberhard, S. 15.
[494] Das deutsche Konkursverfahren (1889) § 10, S. 37.
[495] Konkursprozeßr. S. 74 ff.
[496] S. 125.
[497] S. auch Eberhard 16.
[498] Lehrbuch des Konkursrechts S. 79 f.
[499] 64 ff. zu § 1.
[500] Jäger 66 zu § 1 KO.

nur in den von diesem Gesetz zugelassenen Fällen eine Gemeinmasse bilden", nicht enthalte, vielmehr diese Vorschrift gestrichen worden sei. In diesen Vorschriften seien aber die einzelnen Fälle eines Sonderkonkurses keineswegs erschöpfend aufgezählt. Die Aufgabe der Wissenschaft und Praxis sei, die Zulässigkeit eines Sonderkonkurses im Einzelfall festzustellen[501]. Die Regel sei der Universalkonkurs, Ausnahmen seien nur insoweit statthaft, als das Gesetz einen Vermögensteil gesonderter Haftung unterwerfe[502]. Die gesetzliche Gestaltung der Haftung müsse hier den Ausschlag geben. Die gesondert haftende Vermögensmasse sei dem Sonderkonkurs zugänglich. Das Erfordernis sei erfüllt, wenn eine bestimmte Klasse persönlicher Gläubiger nur aus einer begrenzten Masse des Schuldnervermögens Befriedigung zu beanspruchen habe, aber auch schon dann, wenn sie vor anderen Gläubigern zum Zugriff auf diese Masse berechtigt sei, also schon bei Haftung im Voraus. Den Begriff des Sonderkonkurses definiert er jetzt dahin[503], daß ein Sonderkonkurs ein Verfahren sei, in welchem nur eine Sondermasse des Schuldnervermögens einer Sonderklasse persönlicher Gläubiger zur gemeinschaftlichen Befriedigung diene, während er früher auf eine kraft Rechtssatzes ausschließliche Haftung einer Sondermasse gegenüber einer Mehrheit persönlicher Gläubiger abstellte[504]. Gegen diese Ansicht Jägers[505] führt namentlich Labes[506] ins Feld, daß die einzelnen Vorschriften des Gesetzes nicht ausreichen, um den Begriff des Sonderkonkurses als einen durch das Gesetz bestimmten zu betrachten. Er will[507] 3 Gruppen von Fällen neben dem Universalkonkurs und den Absonderungsrechten unterscheiden:

a) den Sonderkonkurs, bei welchem eine Sonderung nur auf Seite der Aktivmasse eintritt;

b) den Sonderkonkurs, bei welchem eine Sonderung sowohl bezüglich der Aktivmasse, wie bezüglich der Gläubiger stattfindet.

c) Das Konkursverfahren mit Bildung mehrerer getrennter Massen.

Siehe über (und gegen) seine Ansicht Hagenguth[508] und Eberhard[509]. Hellwig[510] bezeichnet als Fälle des Sonderkurses die des von ihm sogenannten „selbständigen Sondervermögens"; in diesem Zusammenhang sind auch noch die Ansichten von Schwarz[511] (Theorie des Zweckvermögens) und Fitting[512] zu erwähnen[513]. Eberherd selbst[514] bejaht die Berechtigung des Begriffs de lege lata, den[515] er dahin definiert: Sonder-

[501] Vgl. in dieser Richtung auch RG. Warnayer Rechtsspr. 1915, S. 87.
[502] 64 zu § 1 KO.
[503] 64 zu § 1 KO. (7. Auflage).
[504] Über seine frühere Auffassung s. Eberhard 19 f., Hagenguth 24 ff.
[505] In der früheren Fassung, s. o. Anm. 504.
[506] A. a. O. S. 110 ff.
[507] A. a. O. S. 112 ff.
[508] A. a. O. S. 31 ff.
[509] A. a. O. S. 22 ff.
[510] Anspruch und Klagerecht (1900), S. 250 f.
[511] Arch. für Bürg. Recht Bd. 32, S. 12 ff. 18, 19, 28, bes. 52 ff.
[512] Anm. 19 zu § 5.
[513] S. über diese und weitere in dieser Richtung gehende Ansichten Eberhard 24—27.
[514] A. a. O. 30 ff., 34 ff.

konkurs liege vor, wenn in einem Konkursverfahren eine Sondermasse des schuldnerischen Vermögens einer Sonderklasse von Gläubigern zur gemeinschaftlichen Befriedigung dient, vor den übrigen Gläubigern haftet, es handle sich um eine Voraushaftung des Sondervermögens zu Gunsten der Gläubiger besonders gearteter Obligationen. In gleicher Richtung geht Hagenguth[516]. Er findet die Wurzeln der begrifflichen Voraussetzungen des Sonderkonkurses in dem besonderen Grad von Erzwingbarkeit und Haftung: Voraushaftung des betreffenden Sondervermögens[517], Recht der Beteiligung am Verfahren für die Gläubiger, denen eine höhere Erzwingbarkeit zur Seite steht[518]. Er schließt sich dann[519] der von Jäger (jetzt) aufgestellten Definition[520] an (die von diesem Standpunkt aus aber mindestens formell nicht ganz unbedenklich ist, sofern das „nur eine Sondermasse" auf gegenständliche Haftungsbeschränkung, Angewiesensein der Sondergläubiger lediglich oder in erster Linie auf das Sondervermögen gedeutet werden könnte, s. auch die in dieser Richtung bedenklichen Wendungen Jägers[521], wo von den auf diese Masse angewiesenen Gläubigern die Rede ist, davon, daß eine bestimmte Klasse persönlicher Gläubiger nur aus einer begrenzten Masse des Schuldnervermögens Befriedigung zu beanspruchen hat, während Hagenguth[522], wie Eberhard[523], es gerade ablehnt, daß solche gegenständliche Haftungsbeschränkung maßgeblich sein solle).

2. Infolge der verschiedenen Auffassung des Begriffs des „Sonderkonkurses" gehen auch die Meinungen darin auseinander, welche Fälle zu den Sonderkonkursen zu rechnen seien. Als Sonderkonkurs gilt fast allgemein der Nachlaßkonkurs[524]. Den „Inlandskonkurs", Konkurs über das inländische Vermögen des im Ausland wohnenden Schuldners, finden wir oft[525] als Sonderkonkurs bezeichnet. Den Konkurs über das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft halten die meisten Schriftsteller[526] für Sonderkonkurse. Anders bezüglich der Aktienkommanditgesellschaft[527]. Ebenso wird der Gesamtgutskonkurs nach § 236 KO. (s. o. S. 59 ff. von der h. M. als Sonderkonkurs

---

[515] S. 47 f.
[516] S. 13 ff.
[517] S. 27.
[518] S. 29.
[519] S. 31.
[520] S. o. S. bei Anm. 503.
[521] 66 zu § 1.
[522] 24 ff.
[523] S. 48.
[524] A. M. bes. Kohler, Leitfaden S. 69 f. (weil der Nachlaß Vermögen einer stillschweigenden jurist. Person sei). Dafür aber z. B. Eberhard 44 f., Jäger 65 zu § 1, 1 zu § 214, Hagenguth 56 f., Kleinfeller DJZ. Bd. 1, S. 477.
[525] S. aber a. M. Jäger 67 zu § 1, Eberhard 48 ff., Hagenguth 36, 76, Kohler Leitfaden 70.
[526] So z. B. Jäger 65 zu § 1, Eberhard 37 ff., Hagenguth 48 ff. A. M. Kohler a. a. O. 69 f., vgl. 171 (weil das betr. Vermögen einer jurist. Person gehöre).
[527] S. gegen Annahme eines Sonderkonkurses hier Eberhard 42 f., Jäger 65 zu § 1 (wenn sie mit der h. M. als jurist. Person zu betrachten sei), Hagenguth 50.

bezeichnet[528]. Weitere Fälle sind sehr umstritten. So der des Zweitkonkurses über den Neuerwerb eines bereits im Konkurs befindlichen Gemeinschuldners während der Dauer des Erstkonkurses. Er wird teilweise[529] als Sonderkonkurs bezeichnet[530]. So der Konkurs über das Vermögen einer im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehefrau, wenn nur Vorbehaltsgläubiger vorhanden sind und deshalb nur Vorbehaltsgut zur Sollmasse gehöre[531 532].

IV. Die Streitfrage betr. Statthaftigkeit eines besonderen Verfahrens als „Sonderkonkurses" in unserem Fall.

Dies vorausgeschickt, erhebt sich nun die Frage, ob in unserem Fall ein besonderes Verfahren als „Sonderkonkurs" statthaft ist.

1. Eine allgemeine Vorfrage ist dabei, ob nur in den im Gesetz, der KO. selbst, durch besondere Bestimmungen im achten Titel besonders behandelten Fällen ein „Sonderkonkurs" in einzelne Teile des Vermögens eines Rechtssubjekts oder mehrerer Rechtssubjekte in Betracht kommt. Die herrschende Lehre bejaht die Frage[533] und läßt weitere Fälle nicht zu. Damit wäre auch unser Fall negativ entschieden, da über ihn das Gesetz schweigt. Die Ansicht, daß auch in anderen als den oben genannten, im Gesetz durch besondere Bestimmungen als Sonderfälle behandelten Fällen ein solches Verfahren als „Sonderkonkurs" möglich sei, vertreten aber insbesondere mit guten Gründen Jäger[534], Eberhard[535], Labes[536], Hagenguth[537], Fitting[538] u. a.[539], in besonderer Form auch Seuffert[540].

2. Nun speziell die Frage, ob über das Gesamtgut nach Auflösung der Gütergemeinschaft vor der Auseinandersetzung ein gesondertes Verfahren in das im Liquidationsstadium befindliche Gesamtgut als „Sonderkonkurs" zulässig ist. Ein solches Verfahren würde eine doppelte

---

[528] So Jäger 65 zu § 1, A. B. Schmidt 3c, β, εε zu § 1489, Eberhard 46 f., Kleinfeller DJZ. Bd. 1, S. 477, Hagenguth S. 59 ff., Gastell 61 f. A. M. auch hier besonders Kohler Leitfaden 70, vgl. 172 (entspr. wie beim Nachlaßkonkurs eine juristische Person annehmend).

[529] So bes. Hellmann 136 f.

[530] S. darüber und dagegen Jäger 67 zu § 1, Hagenguth 73 ff., Eberhard 200 ff., der aber den Erstkonkurs im Verhältnis zum Zweitkonkurs als Sonderkonkurs ansieht (206 ff.), ebenso Hagenguth 75, a. M. Jäger 67 zu § 1.

[531] S. o. Anm. 231 Zit.

[532] Über weitere in dieser Richtung diskutierte Fälle s. Eberhard 29 f., 61 ff., Jäger 67 zu § 1.

[533] So Sarwey-Bossert, S. 33, Hellmann S. 125, Petersen-Kleinfeller 6 zu § 2, 1 zu § 16 (unrichtig über seine Stellung Eberhard 190 f.), Kohler Lehrbuch des Konkursr., S. 81.

[534] 66 zu § 1, 21 zu § 2.

[535] S. 189 ff.

[536] A. a. O. S. 117.

[537] S. 40 ff.

[538] S. 42 f.

[539] S. auch Eberhard 190 f. Z. B. Krück 30 f., Gastell 57, 38.

[540] Konkursprozeßr. S. 70 ff.

Funktion im Interesse der Gesamtgutsgläubiger erfüllen[541]: α) es würde dadurch den einzelnen Gesamtgutsgläubigern das Prinzip konkursmäßiger Befriedigung (par condilio) aus dem Gesamtgut im Verhältnis zu anderen Gesamtgutsgläubigern gesichert, während sonst ein solches bei der Auseinandersetzung nicht gilt[542], die später kommenden Gesamtgutsgläubiger also Gefahr laufen, nichts mehr zu erhalten, wogegen auch § 1480 B.G.B. nichts hilft[543 544]. β) Es würde dadurch den Gesamtgutsgläubigern im Verhältnis zu sonstigen Nichtgesamtgutsgläubigern eines Gemeinschaftsgenossen die Befriedigung aus dem Gesamtgut gewährleistet, während sonst nach Aufhebung der Gemeinschaft die letzteren Gläubiger mit den Gesamtgutsgläubigern, denen der Gemeinschaftsgenosse persönlich haftet, betr. Befriedigung aus dem in die Konkursmasse des Gemeinschaftsgenossen fallenden Gesamtgutsanteil desselben und den einzelnen, ihm aus dem Gesamtgut zugeteilten Gegenständen konkurrieren[545].

a) Für die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens tritt vor allem Jäger[546] ein. Er findet in der Streichung des § 1375 E. I z. B.G.B. kein Argument gegen die Ansicht, daß ein Sonderkonkurs unzulässig sei. Die Berufung auf § 860 Abs. 2 ZPO. in den Motiven zur Konkursnovelle[547], wonach der Inhalt des § 1375 E. I z. B.G.B. unter Berufung auf § 860 Abs. 2 ZPO. für selbstverständlich gehalten wird, sei nur insoweit richtig, als nach Beendigung der Gütergemeinschaft ein selbständiges Konkursverfahren über das noch nicht aufgeteilte Gesamtgut nicht stattfinden müsse[548]. Zulässig aber sei es, weil ein Bedürfnis dafür be-

[541] Die beiden in der folgenden Darstellung als α und β geschiedenen Gesichtspunkte werden in der Literatur nicht recht auseinandergehalten, speziell nicht bei Jäger (s. u. S. 94 ff.) und Eberhard (s. u. S. 100 ff.).

[542] S. o. Anm. 467 und u. S. 94 ff.

[543] Planck 9 zu § 1475 (kein Ehegatte macht sich nach § 1480 B.G.B. haftbar, wenn die Gläubiger, die einen Vollstreckungstitel haben, vorweg befriedigt werden oder wenn bei der Befriedigung lediglich die Reihenfolge der Anmeldung eingehalten wird), 5 zu § 1480, 10 zu § 1480, ebenso A. B. Schmidt 5 zu § 1475, KRGR. 9 zu § 1475, Bartels 63, Gastell 56.

[544] Auch nicht die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gemeinschaftsgenossen. Denn selbst dann besteht für Gesamtgutsgläubiger hier noch die Möglichkeit der Einzelvollstreckung ins Gesamtgut, s. Kannengießer DJZ. Bd. 3, S. 140, vgl. Jäger 25 zu § 14, anders Mot. IV, 409.

[545] S. das und S. 95 f. und S. 96 f., bb. am Anf. Auszuführende. S. auch Kannengießer DJZ. Bd. 3, 140, Labes a. a. O. S. 121 (im Konkurs der Frau drohe den Gesamtgutsgläubigern Konkurrenz der Vorbehaltsgläubiger) und bes. Meyer-Bleyer 19 zu § 2 (schlechtere Lage der Gesamtgutsgläubiger nach Beendigung der Gütergem., den übrigen Gläubigern stehe der Zugriff auf den Anteil ihres Schuldners am Gesamtgut u. die einzelnen schon geteilten oder von ihrem Schuldner übernommenen Gegenstände frei, ohne daß auf die vorherige Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten Rücksicht zu nehmen ist.

[546] 19 ff. zu § 2.

[547] S. 25 daselbst, s. o. Anm. 470.

[548] Es sei zweifellos, daß zwischen Beendigung und Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft ein Konkurs über das Eigenvermögen eines Gemeinschaftsgenossen statthaft sei und daß ein solcher Konkurs den in dieser Zeit beschlagsfähigen Gesamtgutsanteil des Gemeinschuldners mit ergreife (§ 860 Abs. 2 ZPO.), s. Jäger 21 zu § 2, s. o. S. 88 bei Anm. 483.

stehe (dringendes Interesse der bisherigen Gesamtgutsgläubiger) und die begrifflichen Voraussetzungen eines Sonderkonkurses gegeben seien.

aa) Er[549] führt aus, daß das Bedürfnis aus folgenden Billigkeitserwägungen erhelle:

α) Solange die Gütergemeinschaft besteht, können die Gesamtgutsgläubiger die konkursmäßige Verteilung des Gesamtguts (Gesichtspunkt α, s. o. S. 94), dadurch erzwingen, daß sie die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes oder des überlebenden Ehegatten nach § 2 KO. oder die Eröffnung eines eigenen Gesamtgutskonkurses nach § 236 KO. beantragen[550]. Verfalle aber ein Gemeinschaftsgenosse in der Zwischenzeit — also nach Beendigung der Gemeinschaft und vor Vollzug der Teilung — in Konkurs, so seien die bisherigen Gesamtgutsgläubiger gefährdet, denn es gelte während der zur Ermittlung seines Anteils außerhalb des Konkurses stattfindenden Auseinandersetzung (§§ 16, 51 KO.) für die Befriedigung der Gläubiger das Präventions-, nicht das Konkursprinzip[551]. Zwar seien die Gemeinschaftsgenossen untereinander gehalten, zunächst die Gesamtgutsverbindlichkeiten nach Maßgabe des § 1475 (§ 1498) B.G.B. zu berichtigen. Allein die Auseinandersetzung unter den Teilhabern sei rein privater Natur, nicht eine gerichtlich überwachte und unter Beteiligung der Gläubiger stattfindende Liquidation. Vorrechte, Rangordnung Gleichbehandlungsgrundsatz des Konkurses seien für die Auseinandersetzung nicht maßgebend. Die Anteilsberechtigten dürfen (Gesichtspunkt α, s. o. S. 94), ohne nach § 1480 B.G.B. haftbar zu werden, auch bei Unzulänglichkeit des Gesamtguts die Gläubiger in der Reihenfolge befriedigen, in der sie sich melden[552].

β) Im Konkurse des Gemeinschaftsgenossen gehen die Gesamtgutsgläubiger auch hinsichtlich der zur Masse gehörenden Gesamtgutswerte ins Teil[553] mit den übrigen Gläubigern des Gemeinschuldners und werden von diesen, wenn deren Forderungen nach § 61 KO. bevorrechtigt sind, sogar zurückgedrängt (Gesichtspunkt β, s. o. S. 94).[554]

γ) Habe der Gemeinschaftsgenosse kein Eigenvermögen, so könne die Eröffnung des Konkursverfahrens gegen ihn gar nicht erzwungen werden (Gesichtspunkt α, s. o. S. 94), wenn wegen Unzulänglichkeit des Gesamt-

[549] 21 ff. zu § 2.

[550] Nach der Auseinandersetzung können die Gesamtgutsgläubiger, wenn das Gesamtgut ohne Rücksicht auf die Gesamtgutsverbindlichkeiten geteilt worden ist, Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mannes und der Frau (§ 1480 B.G.B.) herbeiführen, dadurch konkursrechtliche Verteilung des Gesamtguts Planck 37 zu § 1472 (Gesichtspunkt α, s. o. S. 94).

[551] S. Planck 37 zu § 1472 (im Liquidationsstadium können weder die Gesamtgutsgläubiger noch die Ehegatten eine konkursmäßige Befriedigung herbeiführen). Ebenso Bartels 62 f.

[552] Dies verkennen Mot. IV, S. 408, 412; Hellmann S. 127 Anm. 3; Roth Recht 1918, Sp. 182, s. dagegen Prot. IV, S. 285, Kannengießer DJZ. Bd. 3, S. 140. S. dazu auch oben Anm. 467 und Anm. 542.

[553] Gemeint ist: konkurrieren.

[554] Entspr. Bartels 63.

guts ein der Konkursmasse zugute kommender Überschuß[555] für den Genossen nicht zu erwarten stehe (§ 107 KO.)[556].

δ) Besonders bedrohlich werde die Privatliquidation (Gesichtspunkt α, s. o. S. 94) für solche Gesamtgutsgläubiger, deren Befriedigung aus dem Gesamtgut nach § 1475 Abs. 2 (§ 1498) B.G.B.[557] verweigert werden könne[558].

So fordern nach Jäger unabweisbare Gebote der Billigkeit die Zulassung eines selbständigen Konkurses über das in Auflösung begriffene Gesamtgut.

bb) Die Billigkeit allein gebe freilich nicht den Ausschlag[559]. Es frage sich, ob auch die rechtlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Sonderkonkurses gegeben seien. Die Frage wäre auch ohne positiven Rechtssatz ohne weiteres zu bejahen, wenn das B.G.B. einen Rechtssatz des Inhalts enthielte, das Gesamtgut hafte auch während der Auseinandersetzung den bisherigen Gesamtgutsgläubigern ausschließlich[560]. Der § 1475 B.G.B. bestimme dies aber nicht, da er nur eine innenrechtliche Teilungsanordnung aufstelle. Auch werde die Zwangsvollstreckung in Gegenstände des ungeteilten Gesamtguts während der Liquidation nach Maßgabe der §§ 743f., 745 Abs. 2 ZPO. nicht nur (wenn auch überwiegend) wegen der bisherigen Gesamtgutsverbindlichkeiten, sondern überhaupt wegen gemeinsamer Schulden der Genossen (z. B. wegen „Neuschulden" aus den §§ 427, 769, 830, 840 B.G.B.) zugelassen, ja sogar den Einzelgläubigern die Pfändung der Gesamtgutsanteile ihrer Schuldner verstattet (§ 860 Abs. 2 ZPO.). Trotzdem erkenne die KO. selber an, daß ein Gesamtgutskonkurs nach Beendigung der Gütergemeinschaft zulässig sei, indem sie in § 236 KO. diese Zulässigkeit voraussetze und zwar sogar für den Fall, daß die Teilung schon vollzogen ist (§ 236 S. 1 vgl. § 216 Abs. 2 KO.[561]). Die Zulässigkeit des Sonderkonkurses, die für das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft sogar nach Vollzug der Teilung bestehe, müsse aber bei ganz entsprechender Haftungslage auch für das Gesamtgut der beendeten ehelichen Gütergemeinschaft gelten, mindestens im Auseinandersetzungsstadium. Es wird also jetzt von Jäger mit einer positiv-rechtlichen Anerkennung der Zulässigkeit in § 236 vgl. § 216 Abs. 2 KO. operiert. Anders die Fassung früherer Auflagen des Kommentars[562], wo ausgeführt wurde[563], Billig-

[555] Gemeint ist: nach § 51 KO.

[556] So auch Planck 37 zu § 1472, Kannengießer DJZ. Bd. 3, 140.

[557] Weil die Gesamtgutsverbindlichkeit im Verhältnis der Ehegatten zueinander einem der Gatten allein bezw. im Verhältnis von überlebendem Gatten zu Abkömmlingen einem von diesen allein zur Last fällt. Entspr. Bartels 63.

[558] Er zitiert hiefür Kannengießer a. a. O.

[559] Zum Folgenden ist zu bemerken, daß Jäger in der neuen (6/7) Auflage seines Komm. seine Argumentationen gegenüber der früheren Auflage geändert hat. Das im Text zunächst Folgende ist die jetzige Fassung, s. noch u. bei und nach Anm. 562.

[560] Gesichtspunkt β (s. o. S. 94).

[561] S. über diese — bestrittene — Frage oben S. 62 f.

[562] 2. Auflage (1904) 19—27 zu § 2. Auf diese 2. Auflage, speziell 26 zu § 2, beziehen sich die Ausführungen bei Hagenguth und Eberhard, s. u. Anm. 572 und S. 100 f. Auf Grund der Ausführungen von Eberhard hat Jäger in der neuen Auflage seine Ar-

keitsgebote fordern die Zulassung eines selbständigen Konkurses über das in Auflösung begriffene Gesamtgut; ein derartiges Verfahren sei zwar nicht ausdrücklich für zulässig erklärt, aber auch durch keine positive Vorschrift (wie sie § 2 KO. für die bestehende Gütergemeinschaft enthält) ausgeschlossen. Demnach sei es als zulässig zu erachten, sofern die begriffliche Voraussetzung eines Sonderkonkurses gegeben ist[564]. Das sei der Fall. Denn zum Zugriff auf das ungeteilte Gesamtgut seien kraft Gesetzes ausschließlich die Gesamtgutsgläubiger berechtigt (Gesichtspunkt β, s. o. S. 94) §§ 743, 744 745 Abs. 2 ZPO.: Zwar können auch Einzelgläubiger nach § 860 Abs. 2 ZPO. den Anteil ihres Schuldners am Gesamtgut pfänden, aber ihnen komme nur der reine Wert des Anteils zustatten, nur der Betrag, der ihrem Schuldner von dem nach Deckung der Gesamtgutsverbindlichkeiten verbleibenden Überreste gebühre (§ 1475, 1476, 1498 B.G.B.)[565].

cc) Den so begründeten Sonderkonkurs über das ungeteilte Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft[566] will Jäger mangels besonderer Vorschriften der KO. behandeln entsprechend dem ähnlich gelagerten Konkurs einer in Liquidation befindlichen offenen Handelsgesellschaft. Konkursgrund sei Zahlungsunfähigkeit (vgl. entspr. § 209 KO.[567]), Gemeinschuldner seien sämtliche Gemeinschaftsgenossen[568]; Konkursgläubiger

---

gumentation, wie angeführt, geändert, die an Jäger sich z. T. anschließenden Ausführungen Hagenguths sind damit zugleich getroffen. S. näheres u. S. 102 f.

[563] 26 zu § 2 daselbst.

[564] Jäger folgt hier Bartels 62.

[565] Jäger folgt auch hier Bartels 62.

[566] Bei der fortgesetzten Gütergem. erhebe sich die Frage, wie weit § 236 KO. auch für den nach Beendigung eröffneten Konkurs gelte, Jäger 27 a. A. zu § 2, s. dazu o. S. 62 f. und unten.

[567] S. näheres Jäger 27 zu § 2: Konkursgrund sei der Regel des § 102 KO. entspr. Zahlungsunfähigkeit in Ansehung des Gesamtguts, nicht dessen Überschuldung (vgl. Mot. IV, S. 409; abweichend der Vorschlag von Kannengießer DJZ. Bd. 3, 140 f.). Es sei nicht einzusehen, warum der Konkurs über das Gesamtgut anders behandelt werden solle als der hinsichtlich der Haftung entspr. gelagerte Konkurs einer offenen Handelsgesellschaft in Liquidation. Das Gesamtgut sei Vermögen einer individualistischen, nicht einer kapitalistischen Gemeinschaft. Den Gesamtgutsgläubigern biete (abgesehen vom Fall der Gemeinschaftsbeendigung durch den Tod eines Gemeinschaftsgenossen mit beschränkter Haftung seines Erben) die Persönlichkeit mindestens eines Anteilsberech igten — anders als im Fall des § 236 KO. — einen Rückhalt. Zahlungsunfähigkeit in Ansehung des Gesamtguts bestehe, wenn die Berichtigung der fälligen Gesamtgutsverbindlichkeiten aus Gesamtgutsmitteln andauernd unmöglich sei. Ob die einzelnen Gemeinschaftsgenossen persönlich zahlungsunfähig seien oder nicht, sei belanglos. Die persönliche Zahlungsfähigkeit der Anteilsberechtigten schließe auch das Bedürfnis nach einem Gesamtgutskonkurse keineswegs aus.

[568] S. näher Jäger 28 zu § 2. Also Mann und Frau (bei Gemeinschaftsbeendigung infolge Todes eines Genossen auch dessen Erben). Denn die Anteilsberechtigten seien in der Zeit zwischen Gemeinschaftsbeendigung und Teilungsvollzug gleichberechtigte Herren des Gesamtguts (§ 1472 B.G.B.); die Vollstreckung richte sich in diesem Stadium gegen beide Teile (§§ 743, 744 ZPO.). Befugnisse und Pflichten eines Gemeinschuldners treffen sonach die Anteilsberechtigten gemeinschaftlich. So stehe ihnen allen die Befugnis zum Antrag auf Eröffnung des Sonderkonkurses zu (§ 103 Abs. 2 KO). Werde der Antrag nicht von beiden Teilen gestellt, so sei er entsprechend dem § 210 KO. nur zuzulassen, wenn die Zahlungsunfähigkeit glaubhaft gemacht werde. Der andere Teil sei nach

seien alle Gesamtgutsgläubiger[569], Konkursmasse sei das Gesamtgut in dem zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen und beschlagsfähigen Umfang[570].

b) Für die Zulässigkeit eines solchen Sonderkonkurses haben sich weiter — für eheliche und fortgesetzte Gütergemeinschaft — ausgesprochen, Seuffert[571] mit einer etwas anderen Begründung. Hagenguth[572], Fitting[573], Roth[574], betr. die eheliche Gütergemeinschaft, Bartels[575], der sich im

Maßgabe des § 105 Abs. 2, 3 KO. zu hören. Auch der Zwangsvergleich müsse von den Gemeinschuldnern einheitlich vorgeschlagen werden (§ 173 KO.). Er begrenze, vorbehaltlich anderweitiger Festsetzung, entspr. dem § 211 KO., zugleich den Umfang der persönlichen Haftung der Gemeinschaftsgenossen. Die sofortige Beschwerde gegen den Eröffnungsbeschluß stehe jedem Gemeinschuldner selbständig zu (§ 109 KO.).

[569] S. näher Jäger 29 zu § 2. Konkursgläubiger (§ 3) und daher z. B. gleichfalls antragsbefugt nach § 103 Abs. 2 KO. seien alle Gesamtgutsgläubiger, auch solche, deren Forderungen nach dem innenrechtlichen Verhältnis nur den einen der Gemeinschuldner treffen, nicht aber solche Gläubiger, deren Forderungen erst nach Beendigung der Gemeinschaft — wenn auch vor Konkurseröffnung — gegenüber der Person eines einzelnen Teilhabers entstanden sind. Nur werde mit Rücksicht auf § 743 ZPO. auch die gemeinschaftliche Neuschuld (s. Jäger Anm. 26 zu § 2), wenn sie vor Konkursbeginn begründet worden ist, als Konkursforderung verfolgbar sein (wenn sie auch tatsächlich keine Rolle spielen werde).

[570] S. näher Jäger 30 zu § 2. Konkursmasse sei das Gesamtgut in dem zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen und beschlagsfähigen Umfang. Nicht zur Konkursmasse gehöre das etwaige Sondervermögen der einzelnen Gemeinschafter. Im gleichzeitigen Konkurs über das Eigenvermögen eines Teilhabers können die Gesamtgutsgläubiger, denen dieser Teilhaber auch persönlich haftet, Befriedigung nur wegen desjenigen Betrags suchen, für den sie im Gesamtgutskonkurs ausfallen. Bis dieser Ausfall feststehe, müssen bei den Verteilungen im Eigenkonkurse die nach vollem Betrage der Gesamtgutsverbindlichkeiten berechneten Anteile zurückbehalten werden. Entspr dem § 212 KO.

[571] Konkursprozeßr. S. 71 Anm. 10. Er folgert aus § 1425 B.G.B. (Gesichtspunkt β, s. o. S. 94), daß die Gesamtgutsgläubiger Befriedigung aus dem Gesamtgut vor den anderen Gläubigern des Ehegatten verlangen können. Als Gemeinschuldner betrachtet er, S. 75 Anm. 16, alle Gemeinschafter.

[572] A. a. O. S. 60, 61 ff. Er stützt sich betr. die fortgesetzte Gütergemeinschaft (S. 60) auf § 236 KO., der nach ihm (s. o. S. 62 f.) auch nach beendigter fortgesetzter Gütergemeinschaft Anwendung finde, damit naturgemäß auch im Auseinandersetzungsverfahren, Betr. ehelicher Gütergemeinschaft (S. 61 ff.) darauf, daß die begrifflichen Voraussetzungen (s. o. S. 92 bei Anm. 516 f.) gegeben seien, Sonderung auf der Gläubigerseite nud der Vermögensseite liegen vor, außerdem stehe den Gesamtgutsgläubigern ein Anspruch auf Befriedigung aus dem Gesamtgut vor den sonstigen Gläubigern der Ehegatten zu — Argument aus den §§ 1475, 1498 B.G.B. — ein Gesamtgutsgläubiger könne infolgedessen — hier folgt er Jäger in seiner früheren Fassung, s. o. S. 97 — auch nach Beendigung der Güter- gemeinschaft in das ungeteilte Gesamtgut vollstrecken, während die übrigen Gläubiger der Ehegatten nur berechtigt seien, den Anteil ihres Schuldners am Gesamtgut zu pfänden. Weiter beruft er sich darauf, daß (s. o.) nach § 236 KO. auch nach beendigter fortgesetzter Gütergemeinschaft ein Gesamtgutskonkurs stattfinden könne, und auf Gründe der Billigkeit. Für die Behandlung will er (S. 61 o., S. 63 o.) bei ehelicher und fortgesetzter Gütergemeinschaft die Bestimmungen über den Nachlaßkonkurs entsprechend anwenden, was jedenfalls am nächsten liegt. Gemeinschuldner seien im letzteren Fall (fortgesetzte Gütergemeinschaft) auch die anteilsberechtigten Abkömmlinge.

[573] S. a. a. O. 166 f. (aus zwingenden Rücksichten der Billigkeit behufs gerechter Befriedigung der Gesamtgutsgläubiger). Gemeinschuldner seien sämtliche Teilhaber (Mann und Frau bzw. überlebender Ehegatte und Abkömmlinge).

[574] Recht 1918, Sp. 187 f. (die Möglichkeit eines besonderen Gesamtgutskonkurses im Liquidationsstadium sei durch § 236 KO. außer Frage gestellt.

Wesentlichen Jägers Ansicht (in der früheren Fassung) angeschlossen hat, betr. die fortgesetzte Gütergemeinschaft Wilmowski[576]. Dagegen[577] vertreten die meisten Schriftsteller die Ansicht, daß ein Sonderkonkurs über das noch ungeteilte Gesamtgut unzulässig sei. Die angeführten Begründungen sind allerdings sehr verschieden. A. B. Schmidt[578] und Gastell[579] verneinen das Vorliegen der begrifflichen Voraussetzungen für einen Sonderkonkurs, da die Gesamtgutsgläubiger auf Grund von § 1475 B.G.B. kein Vorrecht auf Befriedigung vor anderen Gläubigern haben, Endemann[580] meint, ein solches Verfahren sei nicht zulässig, weil das Gesamtgut überhaupt nicht Gegenstand eines selbständigen Konkursverfahrens sein könne. Es sei an die Zwecke der Auseinandersetzung gebunden und dürfe darin auch nicht durch ein Konkursverfahren gestört werden. In diesem Stadium bestehe überhaupt kein „Gesamtgut" mehr. Hellmann[581] lehnt die Ansicht Jägers ab, weil sie sich nur auf Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründe stütze. Solche können nicht entscheiden. Die gleichen Gründe lassen sich auch für die Zulässigkeit des Gesellschaftskonkurses geltend machen. Die Annahme Jägers, die Gesamtgutsgläubiger seien durch § 1480 B.G.B. weniger geschützt, wenn man den Sonderkonkurs ablehne, sei nicht zutreffend, denn es begründe keinen rechtlichen Unterschied, wenn doch nach Auseinandersetzung des insolventen Gesamtguts ein Teihaber aus § 1480 B.G.B. in Anspruch genommen werden könne, ob diese Auseinandersetzung stattfinde *nach* oder *vor* dem Konkurs über einen Teilhaber. Das, was ein Teilhaber während seines Konkurses durch die Auseinandersetzung erwerbe, werde Bestandteil seines Vermögens nur zugleich mit seiner Haftung aus § 1480 B.G.B. Er verneint sogar das Interesse der Gläubiger an einem solchen Verfahren[582]. Die Ausnahmen davon, daß der Konkurs das Gesamtvermögen des Schuldners ergreife, seien im Gesetz erschöpfend aufgezählt[583]. Wolff[584] verneint für die *eheliche* Gütergemeinschaft (nur!) die Zulässigkeit eines Sonderkonkurses betr. die ungeteilte Gütergemeinschaftsmasse in der Zeit zwischen Aufhebung und Auseinandersetzung, weil ein Konkurs oder Sonderkonkurs

[575] S. 58 ff., bes. S. 63 f. (s. schon o. Anm. 554, 557, Anm. 564, 565 und u. Anm. 587. Er will (a. a. O.) ebenfalls (wie Jäger) die Bestimmungen betr. Konkurs einer offenen Handelsgesellschaft in Liquidation entsprechend anwenden (S. 63 f., unter Übernahme des bei Jäger, s. o. Anm. 567 Ausgeführten).

[576] 4 zu § 236. Er will (wie Hagengut) die Bestimmungen über den Nachlaßkonkurs entsprechend anwenden.

[577] *Keine Stellung* nehmen Staudinger 7 zu § 1472, 3, d zu § 1497 und Wieruszowski Rhein. Arch. Bd. 104 (1906) S. 353 Anm. 135 (der bemerkt, daß sich die Notwendigkeit eines Sonderkonkurses weniger fühlbar mache, wenn die Anfechtungsbefugnis in Betracht gezogen werde.

[578] Komm. z. B.G.B., 6b zu § 1473.

[579] S. 57 f.

[580] BR. II, 2, § 186 Anm. 22, Anm. 44.

[581] A. a. O. S. 126 f. Anm. 3.

[582] Aus dem o. Anm. 552 angeführten Grunde.

[583] S. a. a. O. S. 125 und 127 o. (nur bei *bestehender* fortgef. Gütergem. lasse das Gesetz den Sonderkonkurs über das Gesamtgut zu).

[584] 7 zu § 2.

nur über das gesamte Vermögen einer physischen oder juristischen Person und abgesehen hievon nur in den gesetzlich zugelassenen Fällen möglich sei, zu welchen dieser Fall nicht gehöre. Sarwey-Bossert[585] verneint die Zulässigkeit und Notwendigkeit, ohne dafür eine Begründung zu geben. Petersen-Kleinfeller[586] will einen (u. E. nicht zwingenden) Schluß aus § 1475 Abs. 1 S. 2 B.G.B. ziehen, der voraussetze, daß ein Konkursverfahren, in welchem das Gegenteil dieser Bestimmungen gemäß § 65 KO. (Fälligkeit) gelten würde, nicht stattfinde. Ebenso spreche dagegen § 1474 B.G.B., wenn man nicht annehmen wolle, daß die Parteien die Zulässigkeit von Konkursverfahren vereinbaren können, was dem Offizialcharakter des Konkursverfahrens widerspreche[587]. Außerdem findet er in § 236 KO. ein argumentum e contrario gegen die Zulässigkeit[588]. Opet-Blume[589] findet in § 216 (gemeint ist wohl § 236) KO. ein argumentum e contrario gegen die Zulässigkeit. Planck[590] lehnt die Zulässigkeit für die eheliche und fortgesetzte Gütergemeinschaft ab, weil besondere Bestimmungen für einen Sonderkonkurs nicht gegeben seien, Meyer-Bleyer[591] mangels gesetzlichen Anhalts. Labes[592] lehnt für die eheliche und fortgesetzte Gütergemeinschaft hier einen Sonderkonkurs ab. Er hält die von Jäger vorgebrachten Gründe im Wesentlichen für Billigkeitsgründe, die aber nicht stichhaltig seien, das Gesetz schütze die Gläubiger nicht schlechthin gegen Benachteiligung durch Veränderung der Vermögenslage des Schuldners, sondern nur dann, wenn es ausdrücklich bestimmt sei[593]. Seine Argumentation wendet sich dann gegen die frühere Fassung Jägers, wenn er Bedenken erhebt dagegen, daß die begrifflichen Voraussetzungen eines Sonderkonkurses nach diesem vorhanden sein sollen, weil zum Zugriff auf das ungeteilte Gesamtgut kraft Gesetzes ausschließlich die Gesamtsgutsgläubiger berechtigt seien. Mit Beendigung der Gütergemeinschaft habe sich die Rechtslage geändert. Das Gesamtgut dürfe nicht mehr als „ungeteilt" bezeichnet werden, auch wenn die Teilung noch nicht vollzogen sei. Endlich findet er in § 236 in Verbindung mit § 2 KO. ein nicht zu beseitigendes argumentum e contrario gegen die Zulässigkeit des Sonderkonkurses in diesen Fällen. Eberhard[594] wendet sich zuerst gegen die herrschende Lehre. Die Lage des Gesamtgutsgläubigers, darin sei Jäger zuzustimmen, werde durch Aufhebung der Gütergemeinschaft eine

---

[585] 1 a. E. zu § 2 vgl. 2 Z. 5 zu § 236.

[586] 1 zu § 16, vgl. 8 zu § 2 (Ausschluß eines bes. Konkursverfahrens über das Gesamtgut durch § 1475 B.G.B., vgl. § 16 KO.).

[587] S. dagegen Jäger 26 zu § 2: der Konkurs sei gar keine „Auseinandersetzung" i. S. dieser Bestimmungen des B.G.B. (ebenso Bartels 62).

[588] So auch Hellwig Anspr. und Klagr. 332 Anm. 8 (betr. eheliche Gütergemeinschaft).

[589] 3 zu § 1472.

[590] 37 zu § 1472, 18 zu § 1497 (unter ausdrücklicher Anerkennung, daß die Rechtslage der Gesamtgutsgläubiger durch Beendigung der Gütergemeinschaft, wenn das Gesamtgut überschuldet ist, wesentlich verschlimmert werde).

[591] 19 zu § 2, 2a zu § 236.

[592] a. a. O. S. 119, 120 ff.

[593] Zustimmend Gastell 56 f.

[594] A. a. O. S. 221 ff.

wesentlich schlechtere, zumal sie keine Mittel haben, die Aufhebung zu verhindern. Er bekämpft die Ansicht Hellmanns. Den von diesem angeführten Grund, daß dieselben Billigkeitsrücksichten, welche für den Konkurs über das ungeteilte Gesamtgut sprechen, auch ebensogut für die Statthaftigkeit des Konkurses der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gelten, hält er für unrichtig, ebenso die Bemerkung desselben betr. § 1480 B.G.B. Denn die Gesellschaftsgläubiger haben vor und nach der Auflösung der Gesellschaft dieselbe Rechtsstellung in Ansehung des Gesellschaftsvermögens; das Gesellschaftsvermögen falle ja nicht als Ganzes in die Konkursmasse eines Gesellschafters. Die Stellung der Gesamtgutsgläubiger dagegen verschlechtere sich dadurch erheblich, daß sie von nun an nicht mehr die ausschließliche Verwendung des Gesamtguts zu ihren Gunsten herbeiführen können (Gesichtspunkt β, s. o. S. 94)[595]. Betr. § 1480 wolle Jäger sagen, daß eine Verschlechterung der Lage der Gesamtgutsgläubiger, welche durch die Aufhebung der Gütergemeinschaft eintrete, durch § 1480 nicht verhindert werde, wie es prima facie den Anschein habe. Das sei auch zweifellos der Fall, wenn man in Betracht ziehe, daß bei der Auseinandersetzung ja das Konkursprinzip keine Anwendung finde (Gesichtspunkt α, s. o. S. 94). Er führt dann gegen die von Labes angeführten Gründe aus: seine gegen die Billigkeitserwägungen Jägers angeführten Gründe seien nicht stichhaltig. Es sei zwar richtig, daß die Gläubiger nicht schlechthin vom Gesetz geschützt werden gegen Benachteiligungen durch eine Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners. Doch werde in unserem Fall den Gläubigern das Recht auf ausschließliche Verwendung des Gesamtguts zu ihrer Befriedigung (Gesichtspunkt β, s. o. S. 94), welche sie vor der Auflösung der Gütergemeinschaft hatten, gewissermaßen entzogen. Auch das Argument von Labes, daß das Gesamtgut nicht mehr als „ungeteilt" anzusehen sei, hält er[597] für falsch, was noch nicht auseinandergesetzt sei, könne tatsächlich auch noch nicht als geteilt angesehen werden. Das argumentum e contrario aus § 236 bei Labes[598] sei auch nicht stichhaltig[599]. Aus dieser Vorschrift könne ebenso gut das Gegenteil entnommen werden, denn § 236 S. 1 sage nur, daß die Bestimmungen über den Nachlaßkonkurs auf den Konkurs über das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft Anwendung finden. Die von Jäger angeführten Billigkeitsgründe hält er für berechtigt (S. 222) und bejaht das Bedürfnis eines Gesamtgutskonkurses in

[595] Diese Ausführung ist sachlich zutreffend, vgl. das von Jäger Dargelegte (s. o. S. 95 sub. β und S. 96 f., bb a. A.). Die Fassung ist aber nicht ganz einwandfrei. Besser wäre zu sagen gewesen: daß ihnen nicht mehr die ausschließliche oder auch nur vorzugsweise Verwendung des Gesamtguts zu ihrer Befriedigung garantiert erscheint.

[596] Die Argumentation Hellmanns geht in der Tat fehl, Jäger will sagen, daß der § 1480 B.G.B. den Gesamtgutsgläubigern i. S. des Konkursprinzips (Gesichtspunkt α, s. o. S. 94) keinen genügenden Schutz gebe, was zutrifft; dagegen, daß bei unzulänglichem Gesamtgut Befriedigung der (Gesamtguts-) Gläubiger bei der Auseinandersetzung nach der Reihenfolge der Meldung erfolgt, hilft in der Tat der § 1480 B.G.B. nicht (s. o. S. 94 f. bei und in Anm. 543).

[597] A. a. O. S. 223.

[598] Es findet sich auch bei Petersen-Kleinfeller, Hellwig und Opet-Blume, s. o. S. 100. Dagegen auch Hagenguth a. a. O. S. 62, Bartels 61.

[599] Dies ist zutreffend.

diesem Stadium (S. 222 o., 222, 224). Doch glaubt er, in Polemik gegen Seuffert und Jäger (frühere Fassung), daß die begrifflichen Voraussetzungen eines Sonderkonkurses fehlen. Denn — gegen Seuffert[600] — der § 1475 B.G.B. räume den Gesamtgutsgläubigern nicht das Recht ein, vor den anderen Gläubigern Befriedigung aus dem Gesamtgut zu verlangen (Gesichtspunkt β, s. o. S. 94. Wie § 733, so statuiere auch § 1475 B.G.B. lediglich eine beim Auseinandersetzungsverfahren zu beachtende gegenseitige Verpflichtung der Teilhaber, also der Ehegatten, die auf der gemeinschaftlichen Vermögensmasse ruhenden Verbindlichkeiten zuerst zu berichtigen. Ein Vorrecht gewähre aber diese Bestimmung den Gesamtgutsgläubigern nicht[601]. Dann gegen Jäger (frühere Fassung). Seine Bedenken liegen darin, daß den Gesamtgutsgläubigern kein ausschließliches, nicht einmal ein Vorausrecht auf das noch ungeteilte Gesamtgut zustehe (Gesichtspunkt β, s. o. S. 94). Wohl könne ein persönlicher Gläubiger eines Gemeinschafters nun den Anteil desselben am Gesamtgut pfänden und dieser Anteil bestehe nur aus dem reinen Wert, der sich nach Bezahlung der Gesamtgutsverbindlichkeiten ergebe. Der wahre Grund aber, weshalb ein Gläubiger des Gemeinschafters nicht in das noch ungeteilte Gesamtgut vollstrecken könne, sei nicht, daß den Gesamtgutsgläubigern ein ausschließliches Recht am Gesamtgut zustehe, sondern der, daß es sich hier um gesamthänderisches Vermögen handle, in Gemeinschaftsgegenstände könne aber vom Gläubiger eines einzelnen nicht vollstreckt werden, da jedem Anteilsberechtigten ein ideeller Anteil an jedem Gesamtgutsgegenstand zukomme. Es könne daher nicht davon die Rede sein, daß gegenüber solchen Gläubigern eines Anteilsberechtigten den Gesamtgutsgläubigern ein Vorrecht auf das Gesamtgut zustehe. Das angebliche Vorrecht der Gesamtgutsgläubiger sei lediglich eine Reflexwirkung der aus den allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Unmöglichkeit für die Einzelgläubiger, in das Gemeinschaftsvermögen Vollstreckung zu betreiben.

[600] Dies trifft auch Hagenguth a. a. O. S. 62, s. o. Anm. 572 und u. Anm. 601 über seine Ansicht.

[601] Dies ist zutreffend, § 1475 bezieht sich ja nur auf das Innenverhältnis unter den Gemeinschaftsgenossen, so auch Jäger 26 zu § 2, Planck 2 zu § 1475, Endemann BR. II, 2 § 186 Anm. 44 und bes. A. B. Schmidt 6b zu § 1472 (§ 1475 gewähre den Gesamtgutsgläubigern kein Recht auf Befriedigung vor den andern Gläubigern, aus § 1475 Abs. 1 sei ein Anspruch der Gläubiger auf abgesonderte Befriedigung nicht abzuleiten, die Bestimmung des § 1475 Abs. 1 betreffe lediglich das wechselseitige Verhältnis der Ehegatten bei der Auseinandersetzung, sie unterliege der abändernden Vereinbarung der Ehegatten), Meyer-Bleyer 19 zu § 2, Gastell 58. Übrigens ist die hier bekämpfte Ansicht — Vorrecht der Gesamtgutsgläubiger — auch sonst vertreten, und zwar auch von Gegnern der Zulässigkeit eines Sonderkonkurses in unseren Fällen. So spricht Opet-Blume 3 zu § 1472 davon, daß, wenn nach Beendigung der Gütergemeinschaft das Auseinandersetzungsverfahren außerhalb des Konkurses sich vollziehe, auf das, was dem (während des Liquidationsstadiums) in Konkurs geratenen Ehegatten zufalle, die Gesamtgutsgläubiger gemäß § 1475 Abs. 1 S. 2 vor den sonstigen Gläubigern desselben Anspruch haben. So nimmt Hagenguth S. 62 an, den Gesamtgutsgläubigern stehe ein Anspruch auf Befriedigung aus dem Gesamtgut vor den sonstigen Gläubigern der Ehegatten zu und will dies auf §§ 1475, 1498 B.G.B. stützen. So spricht Petersen-Kleinfeller 1 zu § 16 davon: die Gesamtgutsgläubiger haben Anspruch auf Befriedigung aus dem Gesamtgut, ehe die Gatten sich einen Überschuß aneignen dürfen, §§ 1475, 1476 B.G.B., folglich auch vor den sonstigen Gläubigern des Ehegatten.

Analog seien die Verhältnisse bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts: ein Einzelgläubiger könne auch hier lediglich den Anteil pfänden, da ihm ein Zugriff auf das gemeinschaftliche Vermögen verwehrt sei, die Gesellschaftsgläubiger seien aber nicht die einzigen, die aus dem Gesellschaftsvermögen direkt ihre Befriedigung suchen können. Entsprechend ergebe sich aus § 743 ZPO. daß nicht nur Gesamtgutsgläubiger in das noch ungeteilte Gesamtgut vollstrecken können, sondern jeder Gläubiger, der einen Vollstreckungstitel habe, welcher auf Leistung durch beide Ehegatten oder auf Leistung des einen und auf Duldung der Zwangsvollstreckung seitens des anderen Ehegatten laute. Aus einem solchen Titel ergebe sich aber nicht, ob es sich um eine Gesamtgutsverbindlichkeit handle. Seien also die Ehegatten nach Auflösung der Gütergemeinschaft einem Anderen unter gesamtschuldnerischer Haftung etwas schuldig geworden und werden sie aus dieser Verbindlichkeit als Gesamtschuldner verurteilt, so können diese Gläubiger aus dem ungeteilten Gesamtgut im Weg der Vollstreckung Befriedigung nach § 743 ZPO. suchen, obgleich zweifellos sei, daß hier keine Gesamtgutsverbindlichkeit vorliege. Die Gesamtgutsgläubiger können eine solche Vollstreckung nicht verhindern. Es verhalte sich also genau so, wie bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, daraus ergebe sich, daß den Gesamtgutsgläubigern kein Vorrecht auf Befriedigung aus dem ungeteilten Gesamtgut zustehe vor solchen Gläubigern, denen die Ehegatten als Gesamtschuldner haften. Die Richtigkeit dieser durchaus zutreffenden Argumentation[602] hat Jäger selbst anerkannt, s. das o. S. 96 f. aus seiner neuen Fassung, besonders betr. die „Neuschulden" Angeführte. Eberhard folgert daraus: ein Sonderkonkurs sei deshalb hier begrifflich ausgeschlossen. Er folgert also, daß ein besonderes Verfahren in das noch ungeteilte Gesamtgut nicht zulässig sei, daraus, daß bei einem solchen „begrifflich" (S. 224) ein „Sonderkonkurs" nicht vorliege, obwohl, er (S. 189 ff., s. o. S. 93 IV, 1) die Ansicht vertritt, daß auch außerhalb der im Gesetz selbst durch besondere Bestimmungen besonders behandelten Fälle ein Sonderkonkurs (in dem o. S. 91 f. bei Anm. 514 angeführten Sinn) zulässig sein könne. Die stillschweigende Voraussetzung ist dabei (s. schon o. S. 88 und 93 f.) die, daß diese Zulässigkeit nur bei Gleichartigkeit mit diesen besonders geregelten Fällen, „Sonderkonkursqualität" gleich ihnen, nach ihrer Analogie anzunehmen wäre, daß diese „Sonderkonkursqualität" nur gegeben sei, wenn einer Sonderklasse von Gläubigern ein ausschließliches oder wenigstens ein Vorausrecht auf eine Sondermasse zustehe (a. a. O. S. 223 f. vgl. S. 48) und zwar schon vor Konkurseröffnung, denn bei Zulässigkeit eines solchen Gesamtgutskonkurses würde ja durch die Eröffnung eines Gesamtgutskonkurses das eben Gesagte — Sondermasse zur Befriedigung einer Sonderklasse dienend — geschaffen[604]. Das sei hier

---

[602] Sie richtet sich auch gegen die Ausführungen von Hagenguth a. a. O. S. 62 (s. o. Anm. 572, Anm. 600, vgl. Anm. 562.

[603] Nach Anm. 560, s. auch Anm. 562.

[604] Woran vielleicht Jäger gedacht hat, wenn er trotz seiner Definition des Sonderkonkurses (64 zu § 1, s. o. S. 90 f.) und trotz Verneinung dessen, daß das Gesamtgut auch während der Auseinandersetzung den bisherigen Gesamtgutsgläubigern ausschließlich

nicht der Fall (a. a. O. S. 223 f.), die Gesamtgutsgläubiger haben kein ausschließliches oder Vorausrecht auf Befriedigung aus dem ungeteilten Gesamtgut. Also sei ein solches Sonderverfahren nicht zulässig. Er gibt aber zu, daß de lege ferenda ein dringendes Bedürfnis für den Schutz der Gesamtgutsgläubiger durch Zulassung eines (besonderen) Konkurses über das noch ungeteilte Gesamtgut bestehe. In erster Linie dürfte eine Änderung des § 743 ZPO. am Platze sein.

V. Stellungnahme zu dieser Frage.

In dieser Streitfrage hat man sich wohl der herrschenden Lehre anzuschließen. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß im Interesse der Gesamtgutsgläubiger ein Bedürfnis für einen besonderen Konkurs über das noch ungeteilte Gesamtgut nach Auflösung der Gütergemeinschaft gegeben ist (Gesichtspunkt α, und β, s. o. S. 94) die in dieser Richtung von Jäger[605] gemachten Ausführungen sind durchaus stichhaltig, wie sie denn auch von Seiten derer, die seine Ansicht de lege lata bekämpfen, vielfach anerkannt werden[606]. Die Gründe für einen ablehnenden Standpunkt ergeben sich jedoch aus dem Gesetz selbst und aus dem in den Motiven und im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers. Es ist zwar streitig, welche Bedeutung den Motiven bei der Auslegung des Gesetzes im allgemeinen und in diesem besonderen Falle zukommt. Auf alle Fälle kann aber der Standpunkt der Motive als Argument gewertet werden. Wie schon (s. o. S. 89) angeführt, ist in den Motiven zur KO. der Standpunkt vertreten, daß der Begriff des „Sonderkonkurses" rein theoretisch und ohne jede praktische Bedeutung sei. Diese Ansicht ist zwar nicht richtig, was sich aus der Entwicklung, die die Lehre vom „Sonderkonkurs" genommen hat, ergibt; doch hat der Gesetzgeber diesen Standpunkt vertreten und ist daraus der Schluß zu ziehen, daß er auch für unsere Fälle der Zulassung eines Sonderverfahrens ablehnend gegenüber stand. Dies wird dadurch noch weiter erhärtet, daß der § 1375 E. I zum B.G.B. (s. o. Anm. 456) und der vorgeschlagenene Ersatz für ihn (s. o. Anm. 459) zwar gestrichen wurden, aber ohne daß bei der Revision der Konkursordnung eine abweichende Bestimmung aufgenommen wurde, vielmehr wurde im Gegenteil der Inhalt des § 1375 E. I in der Begründung zur Konkursnovelle als selbstverständlich bezeichnet (s. o. S. 86). Es muß daraus der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber jedenfalls ein Sonderverfahren über das Gesamtgut der Gütergemeinschaft nach deren Auflösung aber vor Auseinandersetzung nicht zulassen wollte. Im Gesetz selbst ist dieser Wille positiv zum Ausdruck gekommen dadurch, daß der Gesetzgeber in der

---

oder doch im voraus hafte (s. o. S. 96 nach Anm. 560), hier einen Sonderkonkurs bejaht. Vielleicht auch Hagenguth, wenn er (a. a. O. S. 61 f.) bemerkt: die begrifflichen Voraussetzungen eines Sonderkonkurses seien gegeben, Sonderung auf Gläubigerseite und Vermögensseite liege vor, „außerdem" (!) stehe den Gesamtgutsgläubigern ein Anspruch auf Befriedigung aus dem Gesamtgut vor den sonstigen Gläubigern des Ehegatten zu.

[605] Anm. 22 zu § 2 16. 7. Auflage).

[606] S. bes. Eberhard 221 o. 222, 224, A. B. Schmidt 6b zu § 1472, Gastell 56 f., Planck 37 zu § 1472, Labes a. a. O. 120 f.

Konkursordnung zwingende Rechtsnormen — siehe bes. § 1, § 3 KO. — für das Verfahren im Allgemeinen gegeben hat und Besonderes für unsere Fälle nichts bestimmt hat. Er wollte mit diesen Normen ein ganz einheitliches Verfahren geben und hat Abweichungen davon nur zugelassen, soweit diese unumgänglich notwendig waren. Wenn dagegen angeführt wird, daß der Gesetzgeber unmöglich alle Fälle habe voraussehen können[607], so ist dieser Einwand jedenfalls in den hier zu entscheidenden Fällen nicht durchschlagend, da sich aus dem über die Entstehungsgeschichte Angeführten, ergibt, daß diese Fälle in die Beratung gezogen wurden. Wenn trotzdem eine Regelung im Sinn eines Gesamtgutskonkurses nicht erfolgt ist, so ist dies ein Argument gegen die Zulässigkeit eines besonderen Verfahrens in das Gesamtgut. Das Argument Jägers[608], der Mangel ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung zwinge keineswegs dazu, die Frage der Statthaftigkeit eines solchen Sonderkurses zu verneinen, ist jedenfalls für unsere Fälle nicht durchschlagend. Wir stimmen also mit den o. S. 93,VI, 1 angeführten Schriftstellern überein, welche die Ansicht vertreten, daß die im Gesetz besonders aufgezählten Fälle von besonderen Verfahren eine ausschließende Regelung darstellen und verneinen deshalb[609] mit den oben S. 176 ff. Angeführten im Ergebnis übereinstimmend die generelle Zulässigkeit eines solchen „Sonderkonkurses" über das noch ungeteilte Gesamtgut in unseren Fällen. Die Frage ist nur noch: ob überhaupt und in allen diesen Fällen? Und hier ist allerdings zu erwägen, ob die Fälle der ehelichen und der fortgesetzten Gütergemeinschaft in dieser Beziehung — Frage der Zulässigkeit eines besonderen Gesamtgutskonkurses — gleich behandelt werden müssen, oder sie nicht verschieden zu behandeln sind: verneinend für die erstere, bejahend für die letztere? Nahegelegt wird eine solche Differenzierung speziell durch die (o. S. 62f.) vertretene Annahme, daß die positiv rechtliche Bestimmung des § 236 S. 1 vgl. § 216 Abs. 2 KO. auch für den nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft und nach erfolgter Auseinandersetzung eröffneten Konkurs gelte. Ist dies der Fall, so wird man der Situation nach Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft vor erfolgter Auseinandersetzung — der Situation, wie sie hier vorausgesetzt wird — wohl nicht eine andere Behandlung angedeihen lassen können, es ist hier doch wohl ein durchschlagendes argumentum a majori gegeben: wenn sogar nach Verteilung, dann umso mehr vor Verteilung. In dieser Richtung gehen auch eine Reihe von Äußerungen in der Literatur[610]. Freilich reicht die Kraft

---

[607] Jäger 66 zu § 1.

[608] 21 zu § 2, vgl. 56 zu § 1.

[609] Auch wenn man sonst den Begriff des „Sonderkonkurses" für berechtigt hält — etwa in der Definition von Jäger und Eberhard — und Fälle von „Sonderkonkurs" de lege lata anerkennt und weiter annimmt, was nach dem von Eberhard und A. B. Schmidt Ausgeführten (S. 177, 183 ff.) immerhin zweifelhaft ist, daß ein Konkurs in das ungeteilte Gesamtgut unter den Begriff des „Sonderkonkurses" fallen würde.

[610] S. Wilmowski, der die Frage des Konkurses ins Gesamtgut nach Beendigung der ehelichen Gütergem. (bei § 2 KO.) überhaupt nicht erörtert, aber für den Fall der fortges. Gütergem. Anm. 4 zu § 236 ausdrücklich die Frage eines Gesamtgutskonkurses nach Beendigung, vor erfolgter Liquidation, ebenso wie nach Beendigung, nach erfolgter

dieses Arguments nach dem oben Ausgeführten nicht über den Bereich der fortgesetzten Gütergemeinschaft hinaus, es ist daher nicht richtig, aus §§ 236 S. 1, 216 Abs. 2 KO. in Verbindung mit dem eben Gesagten einen Schluß auf die Zulässigkeit eines „Sonderkonkurses" in das Gesamtgut der ehelichen Gütergemeinschaft im Liquidationsstadium zu ziehen[611]. Denn nur für die fortgesetzte Gütergemeinschaft trifft das Gesetz in § 236 S. 1, 216 Abs. 2 KO. eine besondere Bestimmung. Umsoweniger ist dies zulässig, als man sich dann entschließen müßte, diesen Schluß auch für den Fall der ehelichen Gütergemeinschaft nach erfolgter Auseinandersetzung gelten zu lassen, was doch wohl nicht möglich ist[612].

Die Bedeutung der Erörterung über die Frage eines Sonderverfahrens auch im Falle der beendigten ehelichen Gütergemeinschaft darf aber trotzdem nicht unterschätzt werden; denn vor allem ist es die Aufgabe der Theorie, die Lücken im Gesetz aufzudecken und wenn sie dieselben nicht selbst ausfüllen darf, wie hier, dafür Sorge zu tragen, daß die Lücken ausgefüllt werden oder daß eine Änderung des Gesetzes vorgenommen wird.

Um dem Bedürfnis, das für einen Sonderkonkurs über das Gesamtgut nach Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft, aber vor der Auseinandersetzung spricht, zu genügen, ist de lege ferenda eine Regelung dahin zu treffen, daß ein Sonderkonkurs über das noch ungeteilte Gesamtgut zugelassen wird[613].

Liquidation bejaht. Weiter Wolff, der (s. o. S. 99 f. und Anm. 330) einen Konkurs in das Gesamtgut nach Beendigung der fortges. Gütergem. und nach Auseinandersetzung für möglich hält, über die Frage der Statthaftigkeit eines solchen nach Beendigung der fortges. Gütergem., vor Auseinandersetzung sich nicht ausdrücklich äußert (nicht ganz genau Jäger 26 zu § 2), aber betr. die eheliche Gütergem. (s. o. S. 99), die Statthaftigkeit eines Sonderkonkurses im Liquidationsstadium verneint. Weiter Hagenguth S. 60, der ausführt, auf Grund des § 216 Abs. 2 KO. sei es möglich, sogar nach Teilung des Nachlasses den Nachlaßkonkurs herbeizuführen, naturgemäß bestehe diese Möglichkeit schon im Auseinandersetzungsverfahren, das zur Teilung führe, es bestehe kein Grund, die Zulässigkeit des Sonderkonkurses im Auseinandersetzungsverfahren der fortgesetzten Gütergemeinschaft oder nach Teilung des Gesamtguts derselben nach Analogie von § 216 Abs. 2, dessen analoge Anwendung durch § 236 S. 1 KO angeordnet sei, zu verwehren. Endlich Jäger 26 zu § 2, der bemerkt, die KO. selbst erkenne an, daß ein Gesamtgutskonkurs nach Beendigung der Gütergemeinschaft zulässig sei, in dem sie im § 236 KO. diese Zulässigkeit voraussetze und zwar sogar für den Fall, daß die Teilung schon vollzogen ist. (§ 236 S. 1 vgl. § 216 Abs. 2 KO.) (s. c. also umsomehr im Liquidationsstadium).

[611] So Hagenguth 62 f., der auch hier aus § 236 S. 1 vgl. § 216 Abs. 2 KO. einen Schluß ziehen will. So weiter Jäger a. a. O. (die Zulässigkeit des Sonderkonkurses, die für das Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft sogar nach Vollzug der Teilung bestehe, müsse aber bei ganz entspr. Haftungslage auch für das Gesamtgut der beendigten ehelichen Gütergemeinschaft gelten, mindestens im Auseinandersetzungsstadium).

[612] Jäger — s. oben Anm. 611 a. E. — drückt sich in dieser Frage sehr diplomatisch aus, wagt offenbar nicht, sie schlankweg zu bejahen, was er doch konsequenterweise (die ganze Schlußfolgerung ruht ja auf der gesetzlichen Behandlung des Falles nach erfolgter Teilung in §§ 216 Abs. 2, 236 S. 1 KO!) tun müßte. Hagenguth ist noch undeutlicher bezüglich dieses Punktes. A. a. O. S. 61 spricht er nur von dem Fall vor beendigter Auseinandersetzung der ehelichen Gütergemeinschaft, S. 62 spricht er ganz allgemeinen vom „Sonderkonkurs" über das Gesamtgut nach beendigter ehelicher Gütergemeinschaft, eine präzise Stellungnahme fehlt.

[613] So auch Kannengießer, D.J.Z. Band 3 S. 140 f.

Literatur-Verzeichnis

a) I. Bürgerliches Recht und Zivilprozeßrecht.

a) Kommentare.

Staudinger, Kommentar zum B.G.B. 9. Aufl. Bd. IV, 1926, zit. Staudinger.
Reichsgerichtsräte, Kommentar zum B.G.B. Bd. 4, 6. Aufl. 1928, zit. K.R.G.R.
Planck, „ „ „ 4. Aufl. Bd. 4, 1928, zit. Planck.
Opet-Blume 1906, zit Opet-Blume
A. B. Schmidt, Familienrecht 1907, zit. A. B. Schmidt.
Stein-Jonas, Kommentar zur ZPO. 14. Aufl. 1928.
Seuffert, „ „ „ 10. Aufl. 1907.

b) **Lehrbücher** und Monographien.

Crome C., System des bürgerlichen Rechts Bd. IV, 1908, zit. Crome.
Dernburg, bürg. Recht 4. Aufl. 1904, Bd. IV, zit. Dernburg.
Kipp-Wolff, Familienrecht 6. Aufl. 1928, zit. Kipp-Wolff.
Endemann, Lehrbuch des bürg. Rechts Bd. II. 2 Abtl. 8. und 9. Aufl. 1908, zit. Endemann BR.
Wieruszowski A., Handbuch des Eherechts Bd. I (1900), Bd. II (1904), zit. Wieruszowski, Eherecht.
Hellwig K., Anspruch und Klagerecht 1900.
Mayer-Reis-Haidlen, Lehrbuch des Familien- und Eherecht I. Bd. 4. Aufl. 1907, zit. Mayer-Reis-Haidlen.
Falkmann R., Die Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 1914, zit. Falkmann.
Schröder R., Das eheliche Güterrecht 3. Aufl. Berlin 1900, zit. Schröder.
Wieruszowski, in Archiv für Zivil- und Strafrecht der Rheinprovinz Bd. 103, (1907 S. 323 ff.), Bd. 104 (1908) S. 292 ff. („Die Anfechtung der Eheverträge"), zit. Wieruszowski Rhein. Arch.
Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland 1904, zit. Ullmann Güterr.

c) **Materialien.**

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, erste Lesung, amtliche Ausgabe 1888, zit. E. I.
Motive zum B.G.B., (zit. Mot.)
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des bürg. Gesetzbuches, zit. Prot.

II. Konkursrecht.

a) Materialien.

Hahn, die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. IV (1881), zit. Hahn-Mater.
Hahn-Mugdan, die gesetzlichen Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. VII (1898), zit. Hahn-Mugdan.

b) Kommentare.

Jäger E., Kommentar zur KO. 5. Aufl. 1914/16; betr. §§ 1—42 KO.: 6. 7. Aufl. (1928—1930), 1.—3. Lieferung, zit. Jäger.
Petersen-Kleinfeller, Kommentar zur KO. 4. Aufl. 1901, zit. Petersen-Kleinfeller.

Sarwey-Bossert, „ „ „ 4. Aufl. 1901, 3. Aufl. 1896 zit. Sarwey-Bossert.
Wilmowski-Kurlbaum, „ „ „ 5. Aufl. 1906: zit. Wilmowski.
Wolff Th., „ „ „ 2. Aufl. 1921, zit. Wolff.
Mentzel, „ „ „ 3. Aufl. 1928, zit. Mentzel.
Meyer-Bleyer-Schiedermeyer, die KO., Handbuch mit Erläut. 3. Aufl. 1928. zit. Meyer-Bleyer.

d) **Lehrbücher.**

Hellmann, Lehrbuch des Konkursrechts 1907, zit. Hellmann.
Kohler J., „ „ „ 1891, zit. Kohler
Kohler J., Leitfaden d. D. Konkursrechts 2. Aufl. 1903, zit. Kohler, Leitfaden
Seuffert, Konkursprozeßrecht 3. Aufl. 1904, zit. Seuffert. Konkurspr.

e) **Dissertationen** und Abhandlungen.

Jäger E., Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs (1898), zit. Jäger Erbenhaftung.
Quaatz, Archiv für bürg. Recht Bd. 24 (s. 904), S 30 ff., zit. Quaatz.
Eberhard A., Der Sonderkonkurs, Tüb. Diss. 1912 zit. Eberhard.
Hagenguth W., Beitrag zur Lehre vom Sonderkonkurse, Heidelberg. Diss. 1912, zit. Hagenguth.
Bartels O., Der Einfluß des Konkurses auf das Recht des Ehemanns am Frauengut nach den versch. Güterarten des B.G.B. Leipz., Diss. 1915, zit. Bartels.
Heydemann C., Konkurs der unter dem gesetzlichen Güterstand stehenden Ehefrau. Rostocker Diss. 1905, zit. Heydemann.
Krück Ernst, Der Konkurs in das Vermögen der Frau bei dem ord. gesetzlichen Güterstand des B.G.B. Heidelberg. Diss. 1910, zit. Krück.
Kauder M., Die Einwirkung des ehelichen Güterrechts auf den Konkurs der Ehefrau nach dem B.G.B., Breslauer Diss. 1915, zit. Kauder.
Königswarter W. J., Die Rechtsstellung des Mannes zum Frauengut und der Konkurs der Ehefrau bei dem gesetzlichen Güterstande Gött. Diss. 1914, zit. Königswarter.
Gastell F., Der Konkurs der Ehefrau unter dem Güterrecht des Bürg. Gesetzbuchs, Gießener Diss. 1911, zit. Gastell.
Oeschger M., Die im ordentlichen gesetzlichen Güterstand des B.G.B. lebende Ehefrau als Gemeinschuldnerin, Heidelberg Diss., 1910 zit. Oeschger.

III. Zeitschriften.

Busch's Zeitschrift f' Zivilprozeß, zit. Busch's Z.
Goldschmiedt's Zeitschrift f. das Handelsrecht, zit. Z. f. HR.
Deutsche Juristenzeitung, zit. DJZ.
Juristische Wochenschrift, zit. JW.
Archiv für bürg. Recht, zit. Arch. bürg. R.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, zit. Bayr. Z.
Leipziger Zeitschrift für D. Recht, zit. LZ.
Außerdem die für einzelne Fragen zitierte Literatur.

Inhalts-Verzeichnis

Einleitung.

I. Teil. Das Konkursverfahren bei der allgemeinen Gütergemeinschaft.

§ 1. Die Regelung der allgemeinen Gütergemeinschaft in unserem bürgerlichen Gesetzbuch.

I. Allgemeines.
II. Die Gütermassen.
III. Die Stellung des Mannes.
IV. Stellung der Frau im Allgemeinen.
V. Die Erwerbsfrau insbesondere.

§ 2. Die Schuldenhaftung speziell.

I. Die Schuldenhaftung, im Verhältnis zu den Gläubigern.
II. Die Schuldenhaftung im Innenverhältnis.

§ 3. Der Konkurs des Ehemannes.

I. Geschichtliches und Ueberleitung.
II. Antrag, Eröffnung und deren Wirkung.
III. Gemeinschuldner.
IV. Konkursgläubiger.
V. Die Konkursmasse.
VI. Die Stellung des Verwalters bezüglich der Konkursmasse.
VII. Anfechtung nach KO.

§ 4. Der Konkurs der Ehefrau.

I. Allgemeines.
II. Konkursgrund (vorläufig) und Konkursantrag, Wirkungen der Konkurseröffnung.
III. Konkursmasse (vorläufig) und deren Verteilung.
IV. Konkursgrund (Fortsetzung) und Konkursmasse (Fortsetzung).
V. Konkurs der gewerbetreibenden Ehefrau.

II. Teil. Die fortgesetzte Gütergemeinschaft und das Konkursverfahren bei solcher

§ 5. Der Güterstand der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

I. Eintritt, Anteilsberechtigte und Beendigung.
II. Die Gütermassen.
III. Die Haftung.

§ 6. Der Konkurs bei fortgesetzter Gütergemeinschaft.

A. Der Konkurs über das Vermögen des überlebenden Ehegatten.
B. Der Konkurs über das Gesamtgut.

I. Ratio des § 236 KO.
II. Voraussetzungen des Gesamtgutskonkurses.
III. Konkursantrag und Eröffnung.
IV. Der Gemeinschuldner.
V. Die Konkursgläubiger.
VI. Massekosten und Masseschulden.
VII. Die Konkursmasse.
VIII. Die Anfechtung.

IX. Das Konkursverfahren im Einzelnen.
X. Beendigung speziell durch Zwangsvergleich.

C. Konkurs über den Nachlass des verstorbenen Ehegatten.

D. Der Konkurs über das Vermögen der gemeinschaftlichen Abkömmlinge.

E. Das Verhältnis der verschiedenen Konkursverfahren zueinander.

III. Teil. Die allgemeine und fortgesetzte Gütergemeinschaft nach ihrer Auflösung.

§ 7.

A. Die Auseinandersetzung.

B. Die Frage des Konkurses nach der Auflösung der Gütergemeinschaft vor Auseinandersetzung (im Liquidationsstadium).

I. Geschichtliches.
II. Problemstellung.
III. Begriff und Existenz eines „Sonderkonkurses" de lege lata.
IV. Die Streitfrage betr. Statthaftigkeit eines besonderen Verfahrens als „Sonderkonkurses" in unserem Fall.
V. Stellungnahme zu dieser Frage.